This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 106 246 184

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received OCT 2 7 1921

Digitized by Google

Germany

of Mr H. Krüger, in
Sinnhaus Zeitsch. (1902)
Bd. 29 S. 557 ff

Digitized by Google

Digitized by Google

Herrn Prof. Dr. Geib
ehrerbietigst überreicht.
Namen, den 16. Oktober 1888.
d. V.

Vorbehaltszahlung

und

Eventualaufrechnung

nach

heute geltendem und künftigem Reichsrecht.

Von

Karl Liebknecht

Dr. iur. et rer. pol.

Berlin

Verlag von R. L. Prager

1899.

Digitized by Google

OCT 2 5 1921

Digitized by Google

Vorwort.

Den Anstoss zur vorliegenden Untersuchung verdanke ich Stölzel's „Eventualaufrechnung", einem durch Eindringlichkeit der Darstellung und eine Fülle anregender Gedanken gleich ausgezeichneten Werke, dessen Ergebnissen ich allerdings in den entscheidenden Punkten zumeist nicht beizutreten vermag. In den Grundzügen entworfen wenig Wochen nach dem Erscheinen des Stölzel'schen Buchs, im Text fertig gestellt Ende Februar dieses Jahres, kann meine Arbeit in Folge mannigfacher widriger Umstände erst jetzt der Öffentlichkeit übergeben werden. Diese lange Hinauszögerung ist nicht ohne nachteiligen Einfluss geblieben. Der erste, im 1. Hefte des 42. Bandes von Gruchot's Beiträgen erschienene Aufsatz von Eccius ging mir noch so frühzeitig zu, dass ich ihn im Texte berücksichtigen konnte. Die Entgegnung Stölzel's sowohl, wie die Abhandlung Kohler's (beide im 24. Bande der Zeitschrift für Civilprozess p. 50 ff. bezw. p. 1 ff.) hingegen konnten nur noch in den Anmerkungen freilich m. E. ausreichende Beachtung finden. Eccius' Replik und der dieser vorgedruckte Aufsatz von Förtsch (im 2./3. Heft des 42. Bandes von Gruchot's Beiträgen) endlich, sowie die Duplik Stölzel's (Zeitschr. f. CPr. 24 p. 415 ff.) sind mir erst zugänglich geworden, als eine Verwertung auch in den Noten bereits unthunlich war; da sie indes, gleich den vorerwähnten Abhandlungen, die einmal selbständig gewonnenen Resultate nicht zu beeinflussen vermögen, so genügt es, wenn sie an dieser Stelle mit einigen Worten berührt werden.

Eccius' zweiter Aufsatz bietet gegenüber seinem ersten nur wenig Neues. Die Angriffe gegen Stölzel erscheinen auch hier fast durchgängig verfehlt.

Digitized by Google

Es ist nicht richtig, dass nach Stölzel der Richter bei gleicher Prozesslage nach Belieben entweder ein Urteil erlassen kann, das Klageforderung und Gegenforderung als gegen einander aufgehoben erklärt, oder ein Urteil, das die Klage ohne Erledigung der Gegenforderung und ohne völlige Beseitigung der Klageforderung „nur abweist" (p. 234/235). Aus Stölzel's Lehre folgt nichts von dem (hier §§ 16 u. 18). Trifft sie im Übrigen das Richtige, so kann, wenn die Gegenforderung und ihre Kompensabilität, nicht aber das bestrittene Bestandenhaben der Klageforderung feststeht, nur ein alternativ-begründetes Urteil und kein anderes erlassen werden; das liegt auf der Hand. Ist auch jenes Bestandenhaben dargethan, so kann nur ein schlicht-, kein alternativ-begründetes Urteil ergehen; denn der Richter darf nicht dahingestellt sein lassen, was feststeht. Stellt er aber den Grund fest, der allein für sich zum Schluss auf die Nichtexistenz des Klaganspruchs und demzufolge zur Klagabweisung führt, und fügt etwa noch hinzu: auch abgesehen davon habe Abweisung stattfinden müssen, so tangiert dieser überflüssige Zusatz auch nach Stölzel selbstverständlich den Umfang der Rechtskraft des Urteils nicht. — Wenn ferner Stölzel („Eventualaufrechnung" p. 152) gelegentlich bemerkt, die Klageforderung könne nach alternativ-begründeter Abweisung im Prozess um die Gegenforderung noch einredeweis zur Aufrechnung verwendet werden, so ist das offensichtlich nur der inkorrekte Ausdruck eines richtigen Gedankens. Es soll nur besagen, was einer besonderen Hervorhebung garnicht bedurft hätte: dass der Kompensat sich im Prozesse um die Gegenforderung auf die — bei Bestandenhaben der Klageforderung im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung — bereits geschehene Kompensation berufen kann. Die „Probe auf's Exempel", die Eccius (p. 237/238; vgl. auch p. 235) machen will, stimmt darnach nicht.

Die alternativ-begründete Klagabweisung im Sinne Stölzel's ist eine sachliche Abweisung. Daher bildet ihren nächsten Grund die Sachfälligkeit, d. h. die Feststellung, dass der Klaganspruch nicht begründet ist: das betont auch Stölzel wiederholt nachdrücklich. Diese Feststellung erst stützt sich

Digitized by Google

auf zwei Gründe, die im Alternativverhältnis stehen; und hierdurch gewinnt die Begründung der Klagabweisung alternativen Charakter. Ganz ebenso aber bei unstreitiger Fristabrede und streitiger Klageforderung! Mit Nichten darf hier allein auf Grund der ersteren abgewiesen werden: denn eine Fristabrede ist als wirksame nur denkbar, wenn ein zu befristender Anspruch besteht; für den — bestrittenen — Fall seines Nichtbestehens kann nur dieses zur Begründung der Abweisung dienen. E.'s abweichende Ansicht (p. 237) kann nicht gebilligt werden.

Dass die Unzulässigkeit einer Klagabweisung wegen der Alternative: entweder besteht der Klageanspruch nicht oder es fehlt eine Prozessvoraussetzung — bezw. es greift eine prozesshindernde Einrede Platz — aus Gründen der Logik folgt (Eccius p. 236), wie gewiss nicht geleugnet werden kann, steht mit Stölzel's Lehre durchaus im Einklang.

p. 238 ff. wiederholt E. im Wesentlichen den schon früher (hier p. 191 ff.) für die Notwendigkeit schlicht begründeter Abweisung angeführten, aus § 293 Abs. 2 CPO. hergeleiteten, nicht durchschlagenden Grund. Dass „die Aufrechnungserklärung eben nur dann zur Aufhebung der bis dahin zu Recht bestehenden Klageforderung führt, wenn sie zugleich die aufgerechnete Forderung in entsprechender Höhe beseitigt" (p. 241/242), dürfte noch von keiner Seite, am Wenigsten von Stölzel, bestritten sein und entbehrt für unsere Frage aller Erheblichkeit. — Die irrige (hier p. 207 ff., 197 ff.) Ansicht, dass nur das „Nichtmehrbestehen" der Gegenforderung nach § 293 Abs. 2 CPO. rechtskräftige Feststellung erfahre (p. 240), und die daraus folgende Annahme, dass nur der Kläger ein Interesse an dieser Feststellung habe, und mithin nur von ihm die Inzidentklage als erhoben angesehen werden könne (p. 240 ff.), werden gleichfalls nur wiederholt. — Die Gründe, aus denen sich E. p. 241 ff. gegen die angebliche, auch von mir (§ 18) geleugnete, Rechtskraft der in dem alternativ-begründeten Urteil getroffenen Feststellung des „Bestehens" der Gegenforderung wendet, dürfen durchweg als nicht stichhaltig bezeichnet werden, ohne dass ein näheres Eingehen auf sie hier nötig und möglich wäre.

Digitized by Google

Zu Unrecht beharrt (vgl. hier § 11 Note 2) Eccius weiter bei der Identifizierung von Eventual- und Vorbehalts-Aufrechnung, welch letztere er jedoch als Aufrechnung unter condicio legis anerkennt (p. 253/254). Zu Unrecht (hier § 19, § 9 Note 17) sucht er schliesslich die übliche Kostenentscheidung mit der sogenannten „Rückwirkung" der Aufrechnung zu verteidigen. Ähnlich extreme Folgerungen aus dieser „Rückwirkung" sind schon öfters gezogen (z. B. von Krug in der sächs. Zeitschr. für Rechtspflege u. Verwaltung 9 p. 298; ROHG. 10 p. 166 ff. Vgl. „Kompensationsvollz." § 19), aber mit Recht abgelehnt worden. Das nachträgliche Erlöschen bereits entstandener Forderungen von Zinsen und Vertragsstrafen, das wenigstens für das BGB. ausser Zweifel steht (hier p. 108), kann die juristische Logik für sich in's Feld führen: jene Forderungen gelten eben von vornherein als nur bedingt erwachsen. Die Kostenzahlungspflicht kann nicht durch die Ausübung oder Nichtausübung des „Aufrechnungsrechtes" bedingt sein. Welcher Grund führt zur Kostenbelastung? dass zu Unrecht gestritten ist! Wie kann die Thatsache, dass zu Unrecht gestritten ist, hinterher wieder aus der Welt geschafft werden? Solange nicht aufgerechnet ist, besteht Zahlungspflicht und kann geklagt werden. Daran ändert eine nachträgliche Aufrechnungserklärung nichts. Eine resolutiv-bedingte Forderung kann zweifelsohne eingeklagt werden. Wer wird der Rückziehung der Bedingung eine solch ausschweifende Wirkung beimessen, dass die Einklagung der bei Klageerhebung noch resolutiv-bedingt bestehenden — also klagbaren — Forderung zufolge späteren Bedingungseintritts nachträglich als unberechtigt erschiene! Übrigens stimmt es zu der bekämpften Ansicht sehr schlecht, wenn Eccius p. 247/248 wenigstens die §§ 88, 91 CPO. im Kostenpunkt zur Anwendung bringen will.

Andererseits bietet die fragliche Abhandlung mehrfach Ausführungen, die sich mit hier vertretenen Ansichten decken; so p. 241 und 254/255: dass die „Aufrechnung" mit einer nicht bestehenden Gegenforderung die Klageforderung nicht zu tilgen vermag (hier § 11 a. A., bes. p. 123); p. 241/242: dass die Rechtskraft der Entscheidung über die Gegen-

Digitized by Google

forderung Präjudizialität voraussetzt (hier p. 192/193); p. 245 ff.: dass Stölzel sich für die Zulässigkeit der von ihm vorgeschlagenen Klagänderung nicht auf die Klagänderung im Falle einer nach Klagerhebung vollzogenen Cession des Klaganspruchs berufen kann (hier § 8 Note 21); p. 247: dass der Kläger bei Bestreiten der Gegenforderung oder ihrer Kompensabilität neben dem Bestreiten der Klageforderung auf Gut Glück die Klage ändern muss, wenn er sich der Vorteile der „Klagänderungstheorie" versichern will (hier § 17 Note 3 und p. 203); p. 247 Note 1 und 254: dass Zahlung mit Vorbehalt nicht angenommen werden muss, Eventualaufrechnung aber statthaft ist (hier § 5 und p. 146 ff.), wobei allerdings die letztere Ansicht bei der irrtümlichen Auffassung der Eventualaufrechnung auf unzureichende Gründe gestützt erscheint; p. 251 ff.: dass Kohler's prozessuale Aufrechnung weder im Gesetz noch in der Natur der Sache eine Stütze findet (hier § 10 Note 33; § 13 Note 64).

Förtsch's vortreffliche Darlegungen zeigen mit mehreren, wie ich meinte, mir ureigensten Gedanken eine fast verblüffende Übereinstimmung. Es freut mich, in vielen Punkten einen so gewichtigen Eideshelfer gefunden zu haben. Auch Förtsch leugnet eine Verbindlichkeit zur Annahme der Vorbehaltszahlung (hier § 5), deren Konstruktion im Sinne neuer Zahlung unter condicio legis mit Recht (hier § 3) abgelehnt wird (p. 233); sondert (p. 231) Vorbehalts- und Eventualaufrechnung (hier §§ 12, 13); erachtet einseitige „Vorbehaltsaufrechnung", und zwar aus dem gleichen Grunde, wie ich, für unzulässig (hier p. 133 ff., 130 ff.) und verwirft die Ansicht Stölzel's, die in dem Zugeständnis des Bestehens der Gegenforderung eine Annahme der Aufrechnungserklärung erblickt (p. 233, 228/229; hier p. 180 ff.). In der Frage, ob die Aufrechnung eine Anerkennung der Forderung enthalte (p. 227, hier p. 128 ff.) und ob sie durch Zustellung eines Schriftsatzes perfekt werde (p. 226, hier § 10 Note 33); in der Ablehnung der „prozessualen Aufrechnung" Kohler's (p. 226, hier a. a. O.); vor allem aber in der Konstruktion der Eventualaufrechnung (p. 231, hier § 13 b) und im Kostenpunkte p. 229, 233, hier § 19) findet sich gleiche Übereinstimmung. Als

Digitized by Google

zutreffend sind auch die Bemerkungen über das Eidesurteil im Falle der Eventualaufrechnung (a. a. O., hier p. 170 ff.) hervorzuheben. — Der Ansicht freilich, dass nach bisherigem Rechte der Aufrechnungsvollzug ein prozessualer (p. 226, hier § 9, Kompensationsvollz. § 8 ff.) und dass nach dem BGB. eine Eventualaufrechnung überflüssig und unzulässig sei (p. 230 ff., hier p. 146 ff.), muss widersprochen werden.

Was endlich die neueste Äusserung Stölzel's anlangt, so ist die darin gegen Eccius gerichtete Abwehr, wie das Vorstehende ergiebt, begründet; nicht aber die Anmerkung auf p. 418, die sich mit Förtsch's Ansicht über die Kostenentscheidung beschäftigt (hier §§ 19 u. 13). Eine Eventualaufrechnung in unserem Sinne kann vor Klagzustellung gar nicht wirksam erklärt werden. Könnte sie es, so würde dennoch die Kostenentscheidung genau ebenso ausfallen müssen, wie im Falle der Vollziehung der Eventualaufrechnung nach Klagerhebung. Auch dann würde ja die suspensiv-bedingt getilgte, d. h. in ihrer Kraft einer resolutiv-bedingten gleichstehende Forderung bis zum Eintritt der Bedingung noch klagbar sein; erst mit dem Eintritt der Bedingung wäre erfüllt, die Klage in der Hauptsache erledigt. — Eine Gleichstellung von definitiver Erfüllung und eventueller Erfüllung (durch Aufrechnung) kann der hier vertretenen Theorie nicht zum Vorwurf gemacht werden. Sie statuiert ja eine Erfüllungswirkung der eventuellen Aufrechnung erst für den Zeitpunkt des Bedingungseintritts, in dem sie aufhört, eine eventuelle zu sein.

Über die Mängel dieser Arbeit täusche ich mich nicht hinweg. Die äussere Form, in der sie sich darbietet, ist wenig einladend: die Anmerkungen haben einen teilweise kaum erträglichen Umfang angenommen; nicht Weniges findet sich in ihnen zerstreut, was in den Text gehörte, so dass eine volle Würdigung meiner Ausführungen ohne genaue Berücksichtigung der Anmerkungen nicht möglich ist. Mangel an Zeit mag zur teilweisen Entschuldigung dienen. Einem Vorwurf aber hoffe ich, mich nicht auszusetzen; es ist der einzige, den ich wahrhaft scheue: der Vorwurf der Ungründlichkeit.

Digitized by Google

Zum Schluss sei darauf hingewiesen, dass die Zeitschr. für Civilprozess (begr. von Busch, herausg. von Schultzenstein und Vierhaus) regelmässig mit „Busch", mein „Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen" (Würzburger Dissertation von 1897; Berlin 1898, Puttkammer und Mühlbrecht) schlechthin mit „Kompensationsvollzug" citiert ist, sowie dass die Civilprozesskommentare von Gaupp und Petersen, die einzigen nach Seiten angeführten, in der zweiten Auflage benutzt sind. Im Übrigen dürften die bei Litteraturangaben gewählten Abkürzungen ohne Weiteres verständlich sein. Die Paragraphen der CPO. sind nach den Nummern des jetzt geltenden Gesetzes bezeichnet, doch habe ich die Nummern, die sie nach dem Gesetz betr. Änderungen der CPO. vom 17. Mai und der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. Mai d. Js. erhalten werden, regelmässig in Klammer beigefügt.

Charlottenburg, im Juli 1898.

Der Verfasser.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

Vorwort III

Erster Teil.
Die Zahlung mit Vorbehalt.

Erstes Kapitel.
Konstruktion der Zahlung mit Vorbehalt.

§ 1. Die verschiedenen Ansichten 1
§ 2. Kritik der aufgeführten Ansichten 10
§ 3. Die Vorbehaltszahlung
a) Konstruktion der Vorbehaltszahlung 27
b) Ist der Vorbehalt bei der Zahlung eine protestatio facto contraria? 41
c) Rechtliche Natur des Vorbehalts 44
d) Die Beweislast im Rückforderungsprozesse 47
e) Wesen der Rückforderungsklage 60

Zweites Kapitel.
Ist Zahlung mit Vorbehalt Erfüllung?

§ 4. Zahlung mit Vorbehalt ist keine Erfüllung 61
§ 5. Erzeugt die Zurückweisung einer Zahlung mit Vorbehalt mora creditoris? 71
a) Die Zurückweisung spontaner Vorbehaltszahlung? . . . 72
b) Die Zurückweisung nicht-spontaner Vorbehaltszahlung? 80
§ 6. Angebot und Vollziehung spontaner Vorbehaltszahlung im Prozess 87
§ 7. Praktische Bedenken gegen die Annahmepflicht und den Erfüllungscharakter der Vorbehaltszahlung 91
§ 8. Mittel, um den nachteiligen Konsequenzen der angeblichen Annahmepflicht und alternativ-begründeter Klagabweisung zu begegnen 96

Digitized by Google

Seite

Zweiter Teil.
Die Eventualaufrechnung.

§ 9. Vorbemerkung, insbesondere über die Aufrechnung nach dem BGB. 105

Erstes Kapitel.
Konstruktion der Eventualaufrechnung.

§ 10. Die verschiedenen Ansichten 112
§ 11. Kritik der Ansichten 120
§ 12. Vorbehaltsaufrechnung 127
§ 13. Eventualaufrechnung
a) Allgemeines 136
b) Konstruktion mit condicio in futurum collata 139
c) Konstruktion mit condicio in praesens collata 153
d) Verzögerung der Aufrechnung bis zum Beweise der Klageforderung 162
e) Materielle Bedingtheit und prozessuale Eventualität . . 164
§ 14. Widerlegung einiger Einwürfe 165

Zweites Kapitel.
Anwendung der Konstruktion.

§ 15. Ist Eventualaufrechnung vollständige (Surrogat-) Erfüllung? 180
§ 16. Alternativ-begründete Klageabweisung — Folge der Eventualaufrechnung?
a) Stölzel's Ansicht 184
b) Praktische Bedenken 185
c) Die bisher geltend gemachten theoretischen Gegengründe 190
d) Eigene theoretische Gegengründe 194
§ 17. Mittel, um den nachteiligen Folgen alternativ-begründeter Klageabweisung zu begegnen 198
§ 18. Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung bei alternativ-begründeter Klageabweisung? 204
§ 19. Die Kostenentscheidung 213
§ 20. Zusammenfassung 216

Verbesserung: Lies S. 20 Zeile 5 v. u.: „Note 71."

Digitized by Google

Erster Teil.

Die Zahlung mit Vorbehalt.

Erstes Kapitel.

Konstruktion der Zahlung mit Vorbehalt.

§ 1. Die verschiedenen Ansichten.

Wenn Stölzel in seinem neuesten Werke[1]) äussert: die Zahlung mit Vorbehalt sei „ein in Wissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsprechung wenig entwickeltes Institut," so muss ihm zugestimmt werden. Den besten Beweis für die Richtigkeit der Bemerkung liefert die Thatsache, dass es eine schier zahllose Menge oft weit von einander abweichender Definitionen dieses Instituts giebt, und dass sich bei fast allen Schriftstellern, die sich der Vorbehaltszahlung zugewandt haben, widersprechende Definitionen nebeneinander vorfinden. Eine kurze Zusammenstellung der bemerkenswertesten Ansichten wird darthun, dass die Lehre hier vor allem Klärung durch scharfe logische Differenzierung und Durchführung einheitlicher Konstruktion bedarf.

Es lassen sich in der Hauptsache drei Klassen unterscheiden: die erste erblickt in dem Vorbehalt eine Bedingung,

1) Schulung II p. 99.

Digitized by Google

die zweite den Ausschluss einer Anerkennung der zu zahlenden Forderung, die dritte einen Vertrag.

Die erste Klasse fasst die Bedingung zumeist[2]) als Resolutivbedingung. Über das bedingende Ereignis herrschen indes wieder beträchtliche Meinungsverschiedenheiten. Die Zahlung soll resolviren „wenn sich später ergeben sollte, dass der Zahlende keine Zahlungsverpflichtung hatte,“ [3]) oder „si apparuisset esse indebitum.“ [4]) Als bedingendes Ereignis [5]) wird bezeichnet: „der Nachweis der Existenz der Forderung;“ [6]) die richterliche „Feststellung, dass die Forderung entstanden sei,“ [7]) das „Konstieren der Nichtschuld,“ [8]) der „Richterspruch über debitum oder indebitum,“ [9]) die „Entscheidung über die Entstehung der Forderung.“ [10]) Ferner gehören folgende Äusserungen hierher: Die Rückforderung soll ausgeschlossen sein, „wenn der Zahlende demnächst, sei es im Prozesse, sei es ausserhalb des Prozesses, von der Existenz der Forderung sich überzeuge.“ [11]) Die Zahlung mit Vorbehalt „soll erst dann zur definitiven Zahlung werden, wenn über die Existenz oder Nichtexistenz der Forderung . . . . . kein Zweifel mehr herrscht.“ [12])

„Die gesetzliche Wirkung der vorbehaltslosen Zahlung“ (d. h. Anerkennung der Verbindlichkeit und die dadurch bewirkte Ausschliessung oder Erschwerung der Rückforderung, Tilgung der Schuld u. s. w.) wird durch den Vorbehalt „für

---

2) Vgl. Neisser b. Gruchot 34 p. 284.

3) RG. 7 p. 184 u. 186; vgl. ROHG. 19 p. 324; Neisser a. a. O. p. 295.

4) l. 2 D. 12,6 (auch l. 14 pr. D. 46,3); dazu Riesser b. Linde II 1. Heft Nr. 1, 2. Heft Nr. 8; auch Arndts Note 7 zu § 341; s. aber unten p. 7, 8.

5) Bezw. — in den Fällen bei Note 6, 7 und 10 — da Resolutivbedingung angenommen wird, als Negative des bedingenden Ereignisses.

6) Stölzel a. a. O. p. 106, vgl. auch p. 98 und 110.

7) das. p. 148; auch p. 291.

8) Neisser b. Gruchot 34 p. 284.

9) das. u. p. 295 („Entscheidung über Schuld oder Nichtschuld“).

10) Stölzel a. a. O. p. 225.

11) das. p. 105.

12) das. p. 111.

Digitized by Google

den Fall der Geltendmachung des Vorbehalts," also bedingt, ausgeschlossen. [13])

„Die Rückforderung resolviert die Zahlung, falls nicht ein Recht darauf dargethan wird." [14]) Der Zahlende will „das Recht erwerben, lediglich auf Grund seines Vorbehaltes und der geleisteten Zahlung das Geld zurückzufordern, es müsste denn der Empfänger sein Forderungsrecht beweisen;" [15]) es ist „Wille der Parteien, dass der Zahler das Recht haben soll, beliebig das Gezahlte zurückzufordern, es müsste denn der Empfänger darzuthun in der Lage sein, dass er zu fordern gehabt habe;" [16]) die Bedingung ist: „wenn der Zahlende die Rückzahlung verlangt" („die Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs",) „nicht: wenn die Nichtexistenz der Forderung festgestellt ist." [17]) „Aus der Erhebung der Klage auf Rückzahlung ergiebt sich also bereits die Erfüllung der gesetzten Resolutivbedingung .... Sache des Beklagten ist es, durch den Beweis, dass die von ihm behauptete Forderung entstanden ist, die Klage auszuschliessen" (exceptio doli). [18])[19])

Die Zahlung mit Vorbehalt „hat zunächst alle Wirkungen der Zahlung, aber diese fallen fort, wenn das Gezahlte auf Grund des Vorbehaltes zurückgeleistet wird." [20])

Dass in allen eben aufgezählten Fällen die Bedingung, von der das Rückforderungsrecht abhängen soll, mag sie

---

13) ROHG. 5 p. 154; dazu Neisser p. 286, der übersieht, dass auch die Tilgungswirkung, die sehr wohl resolutiv-bedingt eintreten könnte, offenbar als ein Teil der „gesetzlichen Wirkung" betrachtet wird. Siehe auch bei Note 40 und 45; ferner RG. 7 p. 184. — Nach dieser Ansicht erscheint zum Unterschied von den folgenden nur die Wirkung, nicht die Existenz des Zahlungsgeschäftes durch die Geltendmachung des Vorbehaltes bedingt. Vgl. noch die Herausgeber zu Koch's ALR. Note 66 zu § 160 h. t., auch unten bei Note 20.

14) Förster-Eccius, Pr. Pr.-R. (7. Aufl.) I p. 575 Note 79 (§ 91).

15) Stölzel a. a. O. p. 104.

16) das. p. 108/109.

17) das. p. 117.

18) a. a. O.

19) Verwandt auch noch Neisser, der p. 289 vom „Widerruf" der Vorbehaltszahlung durch den Zahler spricht.

20) Förster-Eccius a. a. O. p. 575.

Digitized by Google

formuliert sein, wie sie will, als Resolutivbedingung gemeint ist, ergeben unzweideutige Äusserungen der betreffenden Autoren.[21])

Nicht selten wird die Bedingung als condicio in praesens gefasst und dennoch als Resolutivbedingung verstanden: [22])

Der Vorbehalt hat die Wirkung, „dass die Zahlung, wenn die Forderung nicht zu Recht besteht, ohne jeden weiteren Nachweis zurückgefordert werden kann." [23]) Ich zahle „mit dem Vorbehalt der Rückforderung für den Fall, dass meine subjektiven Zweifel (am Bestehen der Forderung) eine objektive Grundlage haben." [24]) Ich zahle unter der Bedingung (Voraussetzung), „dass die Forderung existiere." [25])

Die Konstruktion im Sinne einer condicio in praesens

---

21) Allgemein als Resolutivbedingung bezeichnet den Vorbehalt: Koch, Priv.-R. (8. Aufl.) II p. 223, Komm. z. ALR. Note 66 zu § 160 h. t.; Rehbein, Entsch. III p. 8 Note u. p. 64 Note; Rehbein u. Reincke Comm. z. ALR Note 83 zu § 160 h. t. (vgl. auch die dort cit.) u. Betzinger, Beweislast p. 348 (der Vorbehalt knüpft eine ungünstige Auslegung (d. i. hier: dass gezahlt sei) an eine Resolutivbedingung, während die Verwahrung sie unbedingt ablehnt); von Zahlung sub conditione (freilich mehrdeutig!) spricht Koch, R. d. Forder. 2. Aufl. II p. 619. Resolutiv-bedingte Zahlung hat offenbar § 639, 3. Teil I des Entw. e. BGB. für die preuss. Staaten (Berlin 1842) im Auge, wenngleich ein Bezug auf die Vorbehaltszahlung nicht ausgedrückt ist. („Eben das [Beginn des Laufs der Verzugszinsen] findet bei bedingter Zahlung statt, sobald die Bedingung eingetreten und dieses dem Schuldner bekannt geworden ist"); allgemein über resolutiv-bedingte Zahlung weiter: Str.A. 81 p. 199.

22) Auch hier ist mehrfach die Negative des bedingenden Ereignisses bezeichnet.

23) Förster-Eccius a. a. O.; Koch, R. d. Ford. p. 620: „Der Vorbehalt hat die Wirkung ...., dass die Zahlung, wenn die Verbindlichkeit dazu nicht vorhanden war, kondiziert werden kann". In beiden Fällen ist gemeint: zufolge des Vorbehaltes resolviert die Zahlung, wenn u. s. w. und kann also das Gezahlte zurückgefordert werden, wenn u. s. w.

24) Stölzel a. a. O. p. 105; das soll, nur der postulierten Resolutivbedingung entsprechend umgeformt, die gleiche Ansicht ausdrücken, wie bei Note 25.

25) das. p. 96; vgl. ferner Förster-Eccius a. a. O. II § 150 II 1a; vielleicht auch Römer, Beitr. zur Lehre von der Erfüllung der Obligationen p. 31 (dazu unten § 5 Note 9).

Digitized by Google

erscheint bei Stölzel insbesondere am häufigsten,[26]) obwohl sie von ihm einmal gegenüber der im Sinne einer condicio in futurum als minder sachentsprechend bezeichnet wird.[27])[28])

Die zweite Klasse von Definitionen ist bei fast allen in Betracht kommenden Schriftstellern vertreten; sie bietet inhaltlich im Ganzen Uebereinstimmung. Folgende Versionen seien hervorgehoben:

„Durch den Vorbehalt, dass, wenn die Schuld bestehe, das Gegebene zurückerstattet werde, wird das Moment der Anerkennung der Schuld ausgeschieden“[29]) (man beachte hier die Verbindung mit der condicio in praesens!). „Die Zahlung, welche unter dem Vorbehalt der Entscheidung über die Frage des Bestehens der Forderung geleistet wird, ist eine Zahlung ohne Schuldanerkennung“[30]) (Verbindung mit condicio in futurum).

Wer mit Vorbehalt zahlt, zahlt „ohne die Forderung durch die Zahlung anzuerkennen.“[31]) „Die Zahlung mit Vorbehalt hat gerade den Zweck, eine Schuldanerkennung auszuschliessen; der Parteistreit über die Existenz der Schuld soll dahin gestellt bleiben.“[32])

Nach einer anderen Stimme „liegt in der mit Vorbehalt geleisteten Zahlung ein Bestreiten der Forderung des Zahlungempfängers und gleichzeitig ein Berühmen Seitens des Zahlenden, er habe einen Rückforderungsanspruch.“[33]) Weiter wird gesagt, bei Zahlung mit Vorbehalt „liege gerade in Betreff der

---

26) z. B. p. 108, 136, 139, 145, 147.

27) p. 106.

28) Zimmermann, Beitr. z. Theorie der cond. ind. p. 4 Note 3 stellt die Konstruktion eines Versprechens der eventuellen Rückgabe und die einer Bedingung zur Auswahl, bezüglich der ersteren sich auf l. 2 pr. D. 12, 6 berufend.

29) Bähr, Anerkennung p. 72.

30) Stölzel a. a. O. p. 109.

31) Förster-Eccius I p. 575; Rehbein Entsch. III p. 8 Note; Stölzel a. a. O. p. 98, 104 unten, 116. Das RG. 7. p. 184 u. 186 stimmt dieser Ansicht, wie die Ausführungen p. 183 ergeben, dem Wortlaut nach im Einklange mit ALR. I 16 § 160, nur im Sinne des Ausschlusses eines konstitutiven Anerkenntnisses zu.

32) Stölzel a. a. O. p. 103.

33) a. a. O.

Digitized by Google

Zahlungs- und eventuell der Erstattungsverbindlichkeit Nichtübereinstimmung der Interessenten vor; die Erklärung des Vorbehalts habe eben den Zweck diesen Dissens zu konstatieren.“ [34])

Besonderer Nachdruck sei auf weitere zwei Formulierungen gelegt:

„Das Wesen und der Zweck des Vorbehalts besteht in der ausdrücklichen Verwahrung des Zahlenden gegen die Annahme, dass in seiner freiwilligen Zahlung ein Anerkenntnis seiner Verbindlichkeit liege, und gegen die ihm bei solcher Annahme drohenden Rechtsnachteile.“ [35]) Die Eventualzahlung (d. i. hier im Sinne der Zahlung mit Vorbehalt) „enthält einen Protest wider die Anerkennung“ der Forderung.[36])

Die Bestimmung der Vorbehaltszahlung als „Zahlung mit vertragsmässig ausgeschlossener Präklusivwirkung“ [37]) sei zum Schluss angeführt.[38])[39])

Was endlich die dritte Klasse betrifft, so zerfällt sie in 2 Gruppen: eine, die einen wahren obligatorischen Vertrag, und eine andere, die einen nicht obligatorischen Vertrag an-

---

34) Beruf. ger. in ROHG. 5 p. 153.

35) ROHG. 19 p. 324, das die Anerkennungswirkung neben die Wirkung als Solutionsakt stellt und bezüglich der Anerkennung auf § 189 I 5 ALR. verweist.

36) Stölzel a. a. O. p. 146; Förster-Eccius § 150: durch den Vorbehalt wird „die Anerkennung der Verbindlichkeit, welche sonst in der Zahlung liegt, abgelehnt“.

37) Neisser a. a. O. p. 286.

38) Vgl. auch ROHG. 5 p. 154 (bei Note 13 hier).

39) Hier bleibt regelmässig unentschieden, welcher Art das in der reinen Zahlung liegende, durch den Vorbehalt ausgeschlossene Anerkenntnis sein soll. Zwischen konstitutivem und deklaratorischem Anerkenntnis wird ausser von Bähr und Schlesinger, soweit ich sehe, nirgends scharf geschieden. Ausschliesslich das erstere scheinen zu meinen z. B. ROHG. 19 p. 324 (vgl. Note 35), wenn auch unter missbräuchlicher Berufung auf § 189 I 5 ALR.; ferner RG. 7 p. 183 u. alle, die die Wirkung des Vorbehalts einzig nach § 160 I 16 ALR. bestimmen oder in der Ausschliessung des Erfordernisses des Irrtumsbeweises erblicken. Stölzel bezieht sich p. 97 ausschliesslich auf das konstitutive, p. 103/104 dagegen auf das deklaratorische Anerkenntnis. Doch dürfte es unmöglich sein, die Meinungen in dieser Hinsicht zuverlässig zu sondern. Siehe auch § 4 Note 7.

Digitized by Google

nimmt. Zunächst sei bei Betrachtung der ersten Gruppe auf mehrere der oben zu der ersten Klasse zitierten Äusserungen (der Zahlende will „das Recht [auf Rückforderung] erwerben;“ es ist „Wille der Parteien,“ dass der Zahlende ein Rückforderungsrecht haben soll) hingewiesen, die hierher zu rechnen sind. Da resolutiv-bedingte Zahlung, gleichgültig, wie man die Resolutivbedingung konstruieren mag, niemals einer Zahlung unter gleichzeitiger besonderer Vereinbarung eines suspensiv-bedingten Rückzahlungsanspruchs gleichgestellt werden kann[40]), so rechtfertigt sich die Anführung jener Äusserungen auch an dieser Stelle. Gleich ihnen sieht Thibaut[41]) in der l. 2 pr. D. 12, 6, die von der Zahlung mit Vorbehalt handelt, den Fall einer verabredeten Verbindlichkeit zur Rückerstattung, während er sich gegen die Annahme einer Resolutivbedingung wendet. Ferner ist hierher zu zählen die Auffassung, nach der sich der Vorbehalt als eine Vereinbarung zwecks Herbeiführung einer Entscheidung über die Forderung darstellt, und der eine Vorbehaltszahlung Annehmende sich verpflichtet, im künftigen Prozesse die Geltendmachung der Einwendungen und somit die vollständige prozessuale Erörterung des Schuldverhältnisses sich gefallen zu lassen[42]); desgleichen die Auffassung, wer im Prozesse eine Zahlung mit Vorbehalt

40) Höchstens kann sie als Zahlung unter gleichzeitigem Abschluss eines auf Auflösung des Rechtsgeschäfts der Zahlung (u. damit des Tilgungsvertrags) gerichteten, suspensiv-bedingten Rechtsgeschäfts aufgefasst werden; aus der Auflösung des Tilgungsvertrags würde sich dann der Rückforderungsanspruch von selbst ergeben (A. A. Stölzel p. 107 unten). Bei dieser Konstruktion würde die Resolutivbedingung allerdings auf alle Fälle als obligatorischer Nebenvertrag anzusehen sein.

41) Arch. f. civ. Pr. 16 p. 394 ff.; desgl. Vangerow, Pand. 7. Aufl. I p. 155, Zimmermann, Beitr. p. 4 Note u. 15 (vgl. oben Note 28), Spaltenstein, das spez. jur. Gesch. p. 108 und Neisser p. 283, von denen der erstgenannte nicht berücksichtigt, dass trotz unbedingter Eigentumsübertragung der Tilgungsvertrag, d. h. aber das Geschäft, das diese Eigentumsübertragung erst zur Zahlung macht, resolutiv-bedingt abgeschlossen werden kann; vgl. ferner die bei Neisser a. O. a. p. 280 zit. Litteratur. Die l. 14 pr. 46,3 kommt nur insofern in Betracht, als sie der Annahme der Vereinbarung einer bedingten Kondiktion in l. 2 pr. D. 12,6 eine gewisse Wahrscheinlichkeit verleiht (dagegen Neisser p. 298 Note).

42) Neisser a. a. O. p. 285 (vgl. p. 280).

Digitized by Google

annehme, einige sich mit dem Beklagten dahin, dass die erhobene Zahlungsklage keinen weiteren Fortgang haben solle, und wer vor Einleitung eines Prozesses eine von seinem vermeintlichen Schuldner mit Vorbehalt angebotene Zahlung annehme, einige sich mit dem vermeintlichen Schuldner dahin, dass eine Zahlungsklage nicht mehr stattfinden solle.[43])

Zur zweiten Gruppe dieser Klasse gehört die l.2 pr. D. cit., die von einem abgeschlossenen negotium redet[44]), wie auch die schon bei der zweiten Klasse erwähnte Definition des Vorbehalts als vertragsmässige Ausschliessung der Präklusivwirkung der Zahlung, sowie endlich das ROHG. mit seiner Entscheidung Bd. 5 p. 154 ff,[45])

Es bleibt noch übrig, eine Anzahl von Stimmen aufzuzählen, die keine Definition des Vorbehalts geben, sondern nur die Wirkung des Vorbehalts zu beschreiben suchen:

„Wird eine Zahlung mit Vorbehalt geleistet, so bleibt dem Zahlenden das Recht, seine Einwendungen gegen die Zahlungsverbindlichkeit auch nachher noch geltend zu machen.“ [46]) Zufolge des Vorbehalts bleibt das Bestreiten der Entstehung des mit Vorbehalt bezahlten Anspruchs ein Bestreiten.[47]) Die Einwendung bleibt als Einwendung erhalten.[48]) Unten[49]) wird

---

43) Stölzel a. a. O. p. 102/103, vgl. dazu unten § 4 a. E. u. § 5b.

44) Vgl. dazu Bähr p. 72.

45) Vgl. oben bei Note 13.

46) ALR. I. 16 § 160; wörtlich übereinstimmend § 172 I. 16 des Entw. Ges. Rev. Pens. XIV u. § 753 3. Tl. I. des Entw. e. BGB. für die preuss. Staaten. Dazu Bielitz, Prakt. Comm. III Erfurt 1825 zu § 469 I 14 u. zu §§ 160—165 I 16 ALR.; RG. 7 p. 183; Reh b., Entsch. III p. 8 Note. — Dies betrifft nur die Vermutung des konstitutiven Anerkenntnisses.

47) Förster-Eccius a. a. O. p. 575 Note 79. Dies betrifft das deklaratorische Anerkenntnis, während durch die Worte: „Der Vorbehalt beschränkt sich nicht auf die Erhaltung der Einreden im engeren Sinne, begreift vielmehr auch das Bestreiten der Thatsachen, die den Anspruch begründen sollen“ (a. a. O.) wiederum nur die Wirkung des Ausschlusses der Vermutung eines konstitutiven Anerkenntnisses bezw. einer Schenkung beschrieben wird. Vgl. unten § 3.

48) Neisser p. 303; das.: Durch den Vorbehalt wahre sich der Zahler materiell die Rolle des reus. — Das kann sich nur auf den Ausschluss des deklaratorischen Anerkenntnisses beziehen, der diese Beweislastverteilung zur Folge hat.

49) § 3.

Digitized by Google

sich ergeben, dass diese eben aufgezählten Äusserungen gewisse Wirkungen, welche der Vorbehalt nach den Konstruktionen der zweiten Klasse[50]) üben muss, darlegen.

Andere Äusserungen sind mehrdeutig: „Zahlung unter Vorbehalt wahrt dem Zahlenden die Berufung auf die ungerechtfertigte Bereicherung des Empfängers, also eine condictio sine causa.“[51]) Durch den Vorbehalt wird das Recht gewahrt, wegen Nichtschuld mit condictio indebiti zurückzufordern, ohne dass es des Nachweises eines Irrtums benötigt.[52]) „Der Vorbehalt hat die Wirkung . . . ., dass die Zahlung, wenn die Verbindlichkeit dazu nicht vorhanden war, kondiziert werden kann.“[53]) Von „Vorbehalt der Rückforderung“, der „Rückzahlung“ u. dergl. wird mehrfach[54]) gesprochen, wobei das Rückforderungsrecht als ein von der Feststellung der Nichtexistenz der Forderung abhängiges angesehen wird (vergl. die Verwandtschaft mit der ersten Klasse).

Endlich sei erwähnt, dass nach einer Ansicht der Empfänger einer Vorbehaltszahlung „nur den Vorteil haben soll, das Geld vorläufig zu haben,“[55]) nach einer anderen der mit Vorbehalt Zahlende „nur die reale Leistung“ macht und „sich die Verfügung vorbehält.“[56])

Ich bin mir bewusst, in obiger Zusammenstellung zuweilen vielleicht nur gelegentliche Äusserungen festgehalten, ja möglicherweise Sätze aus dem Zusammenhang gerissen zu haben, aus dem sich etwa trotz alledem eine einheitliche, nur durch abwegige Formulierungen verschleierte Grundmeinung eines

---

50) Sei es bezüglich des konstitutiven, sei es bezüglich des deklaratorischen Anerkenntnisses, das in der Zahlung präsumtiv gefunden wird.

51) Dernburg, PrPrR. II § 92.

52) Dernburg, Pand. II § 141; verwandt Rehbein, Entsch. III p. 8 Note.

53) Koch, R. der Forderungen II p. 620 (§ 154).

54) Z. B. Rehbein, Entsch. I p. 233; Ob. Tr. 71 p. 214; Stölzel p. 70; vgl. auch Eccius b. Gruchot 42 p. 29.

55) Förster-Eccius a. a. O. p. 575 Note 79; jetzt auch Eccius b. Gruchot 42 p. 31: Vorbehaltszahlung wirke ein „blosses Inbesitzsetzen“, kein „dauerndes Behalten“.

56) Leonhard, Aufrechnung p. 150.

Digitized by Google

oder des anderen Schriftstellers erkennen liesse. Eine halbwegs durchsichtige Systematisierung der Auffassungen dürfte jedoch nur auf dem eingeschlagenen Wege erreichbar sein. M. E. muss sich im Interresse der Erzielung eines klaren Resultats bei Konstruktionen und Definitionen vor allem jedes Wort gefallen lassen, beim Wort genommen zu werden, ohne dass man darum den Vorwurf der Konstruktionenanbeterei, des fiat constructio pereat jus, erheben dürfte.

§ 2. Kritik der aufgeführten Ansichten.

Von der ersten Klasse der aufgeführten Ansichten sei zunächst diejenige näher betrachtet, die den Nachweis der Existenz der Forderung als das bedingende Ereignis bezeichnet; richtiger, da es sich um eine auflösende Bedingung handeln soll, den Nicht-Nachweis der Existenz oder aber den Nachweis der Nicht-Existenz der Forderung, je nach dem für den Fall der Rückforderung dem Beklagten — dem Zahlungsempfänger — oder dem Kläger — dem Zahler — die Beweislast aufgebürdet wird.

Unter allen Umständen ist diese Konstruktion verfehlt.

Das Rückforderungsrecht wird von den Vertretern dieser Ansicht allgemein nur aus dem angeblichen resolutiv-bedingten Charakter der Vorbehaltszahlung hergeleitet. Dies erscheint jedoch nicht angängig.

Nach Vollziehung resolutiv-bedingter Zahlung, wie jeder Erfüllung, wird die Forderung zu einer suspensiv-bedingten,[1]) das wird an späterer Stelle[2]) noch näher auszuführen sein. Desgleichen aber kommt das Rückforderungsrecht nur zu suspensiv-bedingter Existenz; es besteht nur, wenn die der Zahlung beigefügte Resolutivbedingung ausfällt.[3]) Suspensivbedingte Rechte sind indes nicht klagbar. Im Zeitpunkt der

---

1) Da erst nachträglich hinzugefügt, zählt diese Suspensivbedingung zu den rechts- oder anspruchsvernichtenden (vgl. Betzinger a. a. O. p. 265) Thatsachen.

2) §§ 5 und 13.

3) Hier ist die Suspensivbedingung eine keimzerstörende Thatsache: Burckhardt, Präsumtionen p. 147 ff.; Reinhold, L. von dem Klaggr. p. 87 ff.; Betzinger a. a. O. p. 265.

Digitized by Google

Erhebung der Rückforderungsklage wäre die Bedingung — von einer etwaigen durch anderweiten Prozess schon vorher herbeigeführten Entscheidung der Bedingung abgesehen — noch keinesfalls eingetreten, ein unbedingter und klagbarer Rückforderungsanspruch noch nicht entstanden. Das läge klar auf der Hand. Es bedürfte keiner Einwendung des Beklagten; der Richter müsste ohne Weiteres die Klage als zur Zeit nach dem eignen Vorbringen des Klägers unbegründet abweisen. Ja, mag der Beklagte noch so sehr dieser Abweisung widersprechen und mit dem Kläger vereint um Erhebung der Beweise über die Existenz bezw. Nichtexistenz der Forderung bitten, der Richter darf dem keinesfalls nachkommen. Er ist nicht dazu da, den Parteien als Versuchsobjekt zu dienen; seine amtliche Thätigkeit hat nicht den Zweck, die Entscheidung von Bedingungen herbeizuführen, sondern die Behauptungen streitender Parteien auf ihre Richtigkeit und den Klageanspruch auf seine Begründung zu prüfen. Neisser's entgegengesetzte Meinung[4]) wird ohne den Versuch eingehender Motivierung geboten.

Die gleiche Erwägung trifft alle die Auffassungen, nach denen das resolvierende Ereignis zur Zeit der Anstellung der Rückforderungsklage nicht eingetreten sein kann, weil es erst im Verlaufe des Rückforderungsprozesses herbeigeführt werden soll. Weder ein „Sichergeben der Nichtschuld", noch ein „apparere esse indebitum", noch ein „Konstieren der Nichtschuld", noch eine „richterliche Feststellung" des Bestehens der Forderung u. s. w. kann bei Erhebung der Rückforderungsklage schon vorliegen. Allein auf ein aussergerichtliches Überzeugen von der Forderung oder eine aussergerichtliche Beseitigung der Zweifel an der Existenz der Forderung dürfte aber weder der angebliche Gläubiger noch der angebliche Schuldner (je nachdem des einen oder des andern Überzeugung herbeizuführen oder Zweifel zu heben wäre) seine Ansprüche bauen wollen. Freilich fände nur eine Abweisung zur Zeit statt. Allein sie würde sich bei jeder Erneuerung des Prozesses wiederholen müssen. Der Rückforderungsanspruch wäre von Grund aus wertlos.

4) A. a. O. p. 284

Digitized by Google

Auf den behaupteten resolutiv-bedingten Charakter der Vorbehaltszahlung allein kann sich die Rückforderungsklage nicht stützen. Dennoch ist eine solche Klage nicht gänzlich abgeschnitten.

Wie jede Zahlung, so unterliegt auch bedingte Zahlung der Anfechtung durch condictio indebiti. Auch bedingte Zahlung ist nur möglich bei Bestehen oder gleichzeitiger Konstituierung einer Schuld (condicio juris).[5] Kann der zu reiner Zahlung übermachte Betrag bei Nichtbestehen der Schuld und entschuldbarem Irrtum zurückgefordert werden, so muss dies umsomehr bei einer nur möglicherweise cum causa vollzogenen Geldübereignung der Fall sein.[6] Nichts hindert also

5) Vgl. unten § 3.

6) Das Nichtbestehen der Schuld müsste der Zahler auch hier beweisen; denn gleich wie in unbedingter Zahlung, so liegt in bedingter Zahlung an sich ein deklaratorisches Anerkenntnis der Schuld, und zwar der Schuld als einer unbedingten, vollwirksamen. Wie aber selbstverständlich dieses Anerkenntnis unter Umständen gänzlich ausgeschlossen werden kann (vergl. unten § 3), so kann es auch beschränkt, spezialisiert werden. Der Sinn der im vorliegenden Fall gesetzten Bedingung würde die Deutung nahe legen, dass keine unbeschränkte, sondern eine spezialisierte Anerkennung ausgedrückt, d. h. dass nur das Bestehen einer resolutiv-bedingten Schuld, das Bestehen genau soweit, wie Zahlung geleistet ist, anerkannt wäre. Denn resolutiv-bedingte Zahlung setzt nur wenigstens eine resolutiv-bedingte Forderung voraus. Doch ist es auch möglich, das deklaratorische Anerkenntnis selbst, soweit es nicht nur Beweisgrund, sondern einseitiger Dispositionsakt ist (vgl. § 3 Note 50 und § 4), an eine Resolutivbedingung geknüpft zu denken, wie augenscheinlich Betzinger (vgl. § 1 Note 21) will. Jedenfalls ist zunächst, bis zum Eintritt der Bedingung, volle Erfüllung verheissen; zu dieser gehört das deklaratorische Anerkenntnis, wenigstens, soweit es materielle Rechtswirkungen erzeugt. Die Verschiebung der Beweislast bezüglich des Bestehens der Forderung ist eine solche materielle Rechtswirkung des deklaratorischen Anerkenntnisses (vgl. § 4). Um diese nach der vorliegenden Ansicht annehmen zu können, bedarf es obiger Konstruktionen, es sei denn, dass man sich durch einen stillschweigenden Beweisvertrag helfen wollte, durch den bis zum Eintritt der Resolutivbedingung die Beweislast bezüglich des Nichtbestehens der Schuld auf den Zahler übertragen würde Den Irrtumsbeweis hätte — wo er erforderlich ist — gleichfalls der Zahler zu erbringen. Denn auch die Vermutung des konstitutiven Anerkenntnisses und der Schenkung müsste insoweit Platz greifen, als die Bedingung ausfiele. Etwas Abweichendes wäre nicht erklärt und würde auch aus dem Inhalt der Bedingung nicht erhellen.

Digitized by Google

den, der bedingt gezahlt hat, eine condictio indebiti anzustrengen mit der Begründung, dass die Forderung nicht bestanden, er aus entschuldbarem Irrtum die Geldübertragung vorgenommen habe, also auch eine bedingte Zahlung nicht vorliege und er zur Zurückforderung berechtigt sei. Dem steht natürlich nicht entgegen, dass beim wirklichen Vorliegen resolutiv-bedingter Zahlung während des Obschwebens der Bedingung Rückzahlung nicht verlangt werden kann. Man darf auch nicht etwa davon ausgehen, der in unserem Falle bedingt Zahlende erkenne die Forderung ebenfalls unter der Resolutivbedingung des Beweises der Nichtschuld oder Nichtbeweises der Schuld u. s. w. unter allen Umständen konstitutiv an. Gerade dem mit Vorbehalt Zahlenden liegt es durchaus fern, mehr zu thun, als er verpflichtet ist.[7][8])

Erbringt er den Beweis seiner Nichtschuld, so ist damit, falls dieser Beweis zur Bedingung verstellt ist, die Bedingung eingetreten; der Beweis des Irrtums erübrigt, und es kann sogleich, da die Kondiktionen alle auf dem gleichen Klagegrund beruhen, vermittelst der condictio sine causa Verurteilung zur Rückzahlung erwirkt werden.

Freilich wird die Beweispflicht des Zahlers mit Recht fast allgemein geleugnet und ein Beweisen durch ihn schwerlich irgendwo als bedingendes Ereignis angesehen. Sobald man aber ein Nichtbeweisen der Existenz der Schuld durch den Empfänger zur Bedingung erhebt, zeigt sich, dass der Zahler, da durch den Beweis der Nichtschuld die Bedingung nicht entschieden ist, seine condictio indebiti mit dem möglicherweise lästigen Irrtumsbeweis u. s. w. vollständig durchführen muss, falls man nicht annehmen will, dass durch den Beweis der Nichtschuld von Seiten des Zahlers der Nichtbeweis der

---

Nur, wenn auch nicht eine resolutiv-bedingte Zahlung vollzogen wäre, würde die condictio indebiti von Erfolg gekrönt sein.

7) Nur die Vermutung eines wenigstens resolutiv-bedingten konstitutiven Anerkenntnisses oder einer solchen Schenkung gilt auch hier, eine Vermutung, die jedoch durch den Irrtumsbeweis entkräftet werden kann (vgl. § 3).

8) Aus dem gleichen Grunde wäre auch die Annahme eines (stillschweigenden) Vertrags über Ausschliessung der condictio indebiti widersinnig.

Digitized by Google

Schuld durch den Empfänger, wenn er es nicht schon von Anfang an war, nunmehr nachträglich notwendig geworden sei, also eine notwendige Bedingung vorliege. Im letzteren Fall bliebe immerhin das unleidliche Resultat der Beweispflicht des Zahlers bezüglich des Nichtbestehens der Schuld; im ersteren würde der Vorbehalt jeden Wert verlieren, da er den Zahlenden von der Notwendigkeit der condictio indebiti überhaupt nicht befreien würde.

Falls richterliche Feststellung u. dergl. oder richtiger — da man die Beweispflicht des Zahlungsempfängers zu Grunde legt — Nichtfeststellung des Bestehens der Forderung Bedingung wäre, so würde die Bedingung vermittelst der condictio indebiti gleichfalls überhaupt nicht entschieden werden können; denn dann fände nur eine — nicht rechtskräftige — Feststellung des Nichtbestehens der Forderung statt, was keineswegs mit dem zur Bedingung verstellten Ereignis gleichbedeutend wäre.[9]) Auch die Notwendigkeit der Bedingung könnte dann bestenfalls nach Beendigung der condictio indebiti eintreten. Wenn man nicht von vornherein solche Notwendigkeit annimmt, müsste der Zahler die condictio indebiti stets völlig durchführen.

Bei Misslingen der condictio indebiti würde natürlich die Zahlung noch keineswegs zu einer unbedingten und dauernden geworden sein. Sie bliebe vielmehr eine bedingte — denn die condictio indebiti ist ja darauf gestützt, dass nicht einmal eine bedingte Zahlung vorliege. Da eine Entscheidung der Bedingung dann aber der Regel nach ausgeschlossen erschiene, so stände diese bedingte Zahlung einer unbedingten praktisch gleich. Nur die Annahme einer von vornherein bestehenden oder nachträglich eingetretenen Notwendigkeit der Bedingung könnte vor diesem Schluss retten. Dann wäre aber sogleich die condictio sine causa gegeben.

Hält man aber dafür, dass auch bei solcher bedingten Zahlung ein Bestreiten, ein ausdrückliches Nichtanerkennen der Schuld erfolgt, und dass auf Grund dessen bei Anstellung

---

9) Vgl. die z. T. einschlägige Ausführung bei Gaupp Komm. (2. Aufl.) I p. 457; Reincke Note d zu § 293 Abs. 1 CPO.; ferner Fischer, Recht und Rechtsschutz p. 138 u. dort zit.

Digitized by Google

der condictio indebiti Beweispflicht des Zahlers, Notwendigkeit des Irrtumsbeweises u. s. w. hinwegfällt, so kann man damit wohl zufrieden sein: dann würde nur die der Zahlung zugefügte Bedingung gänzlich nichtssagend u. wertlos sein, und jenes Bestreiten allein allen Bedürfnissen genügen, womit man bei der zweiten Klasse von Ansichten angelangt wäre.

Man könnte indess an einen Ausweg denken: Erhebung einer Feststellungsklage, einer Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der resolutiv-bedingt getilgten (suspensiv-bedingt fortbestehenden) Forderung. Aber auch hiermit geschieht nicht Genüge. Nicht nur, dass die Notwendigkeit zweier Prozesse — denn die Leistungsklage auf Rückzahlung müsste nachfolgen[10]) — kaum zu ertragen und gewiss nicht beabsichtigt wäre. Man muss generell sagen: ein Rechtsverhältnis ist richterlicher Feststellung nur fähig, insofern es als solches Normen zur Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien enthält und dadurch die Interessen der Parteien erfasst. Nur aus dem Inhalte des Rechtsverhältnisses selbst kann das Interesse an alsbaldiger Feststellung hergeleitet werden, nicht aber aus dem Umstande, dass die Thatsache der Feststellung des Rechtsverhältnisses irgend welche Rechtswirkungen auszulösen geeignet ist, die aus dem Rechtsverhältnis selbst gar nicht entspringen. Dem für die Parteien erheblichen Rechtsverhältnis darf die Autorität richterlicher Deklaration verliehen werden, nicht aber darf der Richter solche Deklaration eines an sich völlig unerheblichen Rechtsverhältnisses nur deshalb vornehmen, weil die Thatsache der Deklaration erheblich ist. Im vorliegenden Falle vermöchte also der Kläger damit, dass die gewünschte Beweiserhebung (oder das erstrebte Urteil) als Thatsache selbständige Rechtswirkungen auszulösen bestimmt ist, sein Interesse an einer alsbaldigen Feststellung nicht zu begründen.

Indessen, es wäre nicht einzig die Thatsache der Beweisaufnahme (bezw. der Feststellung) von Bedeutung; die fest-

---

10) Eine Änderung der auf die Forderung gerichteten Feststellungsin die auf den Rückforderungsanspruch bezügliche Leistungsklage wäre unzulässig (vgl. unten § 8).

Digitized by Google

zustellende Forderung selbst würde keineswegs aller Erheblichkeit entraten. Wie schon ausgeführt, hat der Zahler nach der hier betrachteten Konstruktion der Vorbehaltszahlung sofort einen unbedingten Rückforderungsanspruch, eine condictio indebiti, wenn die Forderung nicht bestand bezw. als resolutiv-bedingt getilgte (suspensiv-bedingte) noch gegenwärtig besteht, d. h. wenn überhaupt keine, auch keine resolutiv-bedingte, Zahlung vorliegt. In diesem Falle wäre der gezahlte Betrag schon jetzt sogleich sine causa im Vermögen des Zahlungsempfängers. Angenommen, der Zahlende habe sich dieses Rückforderungsanspruchs berühmt oder das Bestehen der Forderung bestritten, was ja an sich im Wesen der Vorbehaltszahlung enthalten, aber in die hier bekämpfte Konstruktion nicht aufgenommen ist, so hätte der Zahlungsempfänger häufig genug ein Interesse an der alsbaldigen Feststellung sei es des Nichtbestehens einer condictio indebiti, sei es des Bestehens seiner resolutiv-bedingt getilgten Forderung. In dem Feststellungsprozess würde aber die Beweislast notwendig genau wie bei der condictio indebiti verteilt sein, wenn man nicht aus einem durch diese Konstruktion der Vorbehaltszahlung nicht ausgedrückten Grunde eine Verschiebung der Beweislast annähme, womit wie erwähnt, die Konstruktion ganz überflüssig würde. Irrtumsbeweis wäre zu erbringen; denn nur insoweit die condictio indebiti drohte, läge ein Feststellungsinteresse vor. Die Bedingung würde, wenn das Nichtbeweisen des Empfängers Bedingung wäre, nicht eintreten u. s. w.: Genau wie bei der condictio indebiti selbst. Der Zahler könnte aber eine Feststellungsklage überhaupt nicht anstellen, da ihm, soweit sein Interesse, also seine mögliche condictio indebiti geht, die Leistungsklage gegeben ist. — Wenn die Entscheidung oder Feststellung Bedingung wäre, so könnte der Eintritt der Bedingung nur, falls man — zu Unrecht — Identität der Feststellung des Nichtbestehens und der Nichtfeststellung des Bestehens annähme, erfolgen; dann hätte der Zahler indes schon in dem Feststellungsprozess alle Molesten der condictio indebiti zu erdulden und müsste überdies noch einen zweiten Prozess auf Rückleistung anstrengen.

Es verbleibt also bei dem oben gewonnenen negativen Ergebnisse.

Digitized by Google

Zu ihm führt auch die schon gelegentlich berücksichtigte Möglichkeit, die auf Vornahme einer prozessualen Partei- oder einer richterlichen Handlung der gedachten Art verstellte Bedingung als notwendige Bedingung anzusehen.[11]) Dann wäre die Geldübereignung ohne Weiteres, gleichgültig, ob die Forderung besteht oder nicht besteht, sine causa vollzogen; der Rückforderungsanspruch wäre auf alle Fälle begründet, die Forderung von vornherein unbedingt und vollwirksam bestehen geblieben. Nur im Wege der Aufrechnung könnten beide Ansprüche mit einander in Verbindung gesetzt und gleichzeitig aufgehoben werden. Genau so liegt es aber an sich bezüglich der Forderung, wenn im Wege einer condictio indebiti oder etwa einer Feststellungsklage der Eintritt oder die nachträgliche Notwendigkeit der Bedingung herbeigeführt und nur auf Grund dieses Eintritts oder dieser Notwendigkeit die Rückzahlung erreicht wäre.[12]) Allerdings würde hier eine Entscheidung über das Nichtbestehen ergangen sein. Und wenngleich diese Entscheidung, da nur präjudiziell, nicht rechtskräftig wäre, so dürfte sie doch in praxi thatsächlich die erneute Geltendmachung der an sich mit Eintritt der Bedingung wieder vollwirksam gewordenen Forderung ausschliessen.

Bei Erörterung der Vorbehaltszahlung im Prozesse[13]) wird auf diese zuletzt behandelte Konstruktion nochmals zurückzukommen sein.

---

11) Das BGB. berührt, abweichend vom ALR. (I 4 § 126 ff.), die notwendige und die unmögliche Bedingung nicht. Vgl. aber Motive 1. Les. I p. 365. Wenn dort nachträglicher Eintritt der Unmöglichkeit als Ausfall der Bedingung bezeichnet wird (vgl. auch code civil Art. 1176/1177), so ist das ebensowenig richtig, wie die Gleichsetzung nachträglich eintretender Notwendigkeit und des Eintritts der Bedingung. In beiden Fällen hat nur die Ungewissheit über den Eintritt des zur Bedingung verstellten Ereignisses aufgehört, die Bedingung mithin den Charakter der wahren Bedingung verloren. Es dürfte keinem Zweifel unterliegen, dass auch das BGB. die Entstehung der Gewissheit über den künftigen Ausfall oder Eintritt der Bedingung, ohne den thatsächlichen Nichteintritt oder Eintritt abzuwarten, sich genügen lässt, um das Rechtsgeschäft zu behandeln, gleich als ob die Bedingung in Wirklichkeit schon eingetreten oder ausgefallen wäre.

12) Vgl. Stölzel a. a. O. p. 108 2. Abs. a. E.

13) § 5.

Digitized by Google

Über die Konstruktion, welche die Anerkennungswirkung der Zahlung, d. h. also auch das Rückforderungsrecht, von der — erfolgreichen — Geltendmachung des Vorbehalts abhängig macht, ist nach obigem und nach der in anderer Richtung zielenden zutreffenden Kritik Neisser's[14]) nichts mehr zu bemerken.

Die Auffassung, dass die Rückforderung selbst, oder, was das Gleiche ist, die Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs die Zahlung resolviere, falls nicht ein Recht darauf dargethan werde, ist aus den angeführten und noch anderen Gründen ebenfalls nicht haltbar. Dann würde sich aus der Erhebung der Rückzahlungsklage bereits die Erfüllung der gesetzten Resolutivbedingung d. h. die Entstehung des Rückforderungsanspruchs ergeben.[15]) Wie aber vorher die Zahlung resolutiv-bedingt war, so wäre jetzt der entstandene Rückforderungsanspruch resolutiv-bedingt. Er bestände nur, wenn der Beklagte die Forderung, auf die die Vorbehaltszahlung erfolgte, im Prozesse nicht erweisen würde. Diesen Beweis dürfte aber der Richter aus den schon dargelegten Gründen nicht erheben. Er müsste unter allen Umständen den Beklagten einfach auf Grund der Thatsache der Klageerhebung und der Vorbehaltszahlung verurteilen, womit dann der etwaige Leistungsanspruch des Empfängers der Vorbehaltszahlung wieder vollkräftig und klagbar würde. — Auch hier weist die Annahme einer notwendigen Bedingung zum gleichen Resultate.

Die weitere Gestalt, welche die letzterwähnte Auffassung bei Stölzel gewinnt, vermag m. E. der Kritik gleichfalls nicht Stand zu halten. Nach ihr resolviert die Thatsache der Rückforderung die Zahlung, gegen die Rückforderungsklage steht den Beklagten die exceptio doli zu, die sich darauf gründet, dass „der Zahlende, der seine Zahlung zurückfordert, dolos handelt, wenn er eine von ihm geschuldete Zahlung geleistet hat.“ Hier erscheint die Zahlung durch die Geltendmachung des Rückforderungsrechts resolutiv-bedingt; das nach Resolvierung der Zahlung entstehende Rückforderungsrecht ist mit einer exceptio doli behaftet, und diese exceptio doli

14) A. a. O. p. 286.

15) Vgl. Stölzel a. a. O. p. 117.

Digitized by Google

wiederum unterliegt einer condicio in praeteritum, sie ist nur gegeben, wenn die Forderung, auf die gezahlt ist, bestand. Gegen diese Konstruktion, die m. E. in anderer Weise nicht verstanden werden kann, spricht nicht nur ihre grosse Kompliziertheit. Die Geltendmachung eines Exzeptionsrechtes ist ein selbstständiger rechtsgeschäftlicher Akt. Er, nicht ein im Wesen der Vorbehaltszahlung liegendes Moment, würde das Rückforderungsrecht im Falle des Bestandenhabens der Forderung und des Nachweises dieses Bestandenhabens ausschliessen. Der Beweis der einstigen Existenz der Forderung würde hierzu nicht genügen, und es könnte eintreten, dass trotz eines solchen Beweises oder trotz leichtester Beweisbarkeit jener Existenz im Rückforderungsprozess nach dem Klageantrage erkannt würde, wenn der Beklagte es unterliesse, das Exzeptionsrecht geltend zu machen. Das wäre aber keine Zahlung mit Vorbehalt mehr.

Wenn Stölzel an einer Stelle[16]) das „in der Lage sein, zu beweisen“ als Bedingung setzt, so dürfte dies schwerlich buchstäblich zu nehmen sein. Die prozessuale Frage der Zulassung zur Beweisführung muss ohne Zweifel als ausgeschieden gelten. Denkbar wäre es, die innere Thatsache des Beweisenkönnens, die Beweisfähigkeit als Bedingung anzusehen. Dann ergäbe sich der monströse Fall, dass der Beklagte nicht eine Thatsache darthun sondern beweisen würde, dass er eine Thatsache beweisen könnte, oder dass gar der Kläger zu beweisen hätte, dass der Beklagte nicht beweisen könne. Gleichzeitig läge nicht eine condicio in futurum, sondern in praesens collata vor, wodurch die Annahme einer Resolutivbedingung von vornherein ausgeschlossen würde.

Die Äusserung, Vorbehaltszahlung habe zunächst die volle Wirkung der Zahlung; diese falle aber fort, wenn das Gezahlte auf Grund des Vorbehaltes zurückgeleistet werde, kann nur dahin verstanden werden, dass die Thatsache der Rückleistung des Gezahlten als das die Zahlung resolvierende Ereignis angesehen wird. Offenbar könnte dann aber eine Rückleistung niemals erzwungen werden, weil ja eben erst

16) A. a. O. p. 108/109; vgl. § 1 bei Note 16.

Digitized by Google

im Augenblick, wo zurückgezahlt wäre, der Anspruch auf Rückleistung unbedingt existent werden würde.

Es ist bemerkenswert, dass eine Anzahl der bisher untersuchten Definitionen ein Beweisen (bezw. Nichtbeweisen) schlechthin oder das Beweisen seitens einer Prozesspartei als Bedingung gesetzt haben, eine Erscheinung, die ihre von Betzinger[17]) mit Recht gerügte Analogie in manchen Bestimmungen materiell-rechtlicher Gesetze[18]) findet. Im Grunde, das lässt sich unzweideutig erkennen, erstreben diese Formulierungen meist, die schwierige Frage der Beweislast im Rückforderungsprozesse schon in der Definition zu lösen. Und doch muss selbst dieses Bemühen fehlschlagen. Gewiss ist die Beweislastverteilung ein Ausfluss, eine schlummernde Potenz der vorhandenen materiellen Rechtslage, die vor allem für den Fall eines Rechtsstreits in die Erscheinung tritt.[19]) Gewiss lässt sich theoretisch gegen eine rechtsge-

17) „Beweislast" p. 257/258; vgl. auch p. 296.

18) Von Betzinger a. a. O. als „beweisförmige Gegennormen" bezeichnet; z. B. HGB. Art. 395, 399, 566; Code civil Art. 1302 Abs. 3.

19) Der Streit, ob die Lehre von der Beweislast dem Civil- oder dem Prozessrecht angehört, dürfte zumeist auf einen reinen Wortstreit hinauslaufen. Niemand wird leugnen, dass die Verhandlungsmaxime Voraussetzung für das Auftauchen der Frage der Beweislastverteilung, für die Durchführung einer systematischen Verteilung der Beweislast ist. (Reinhold, L. v. d. Klaggr. § 5 ff., b. Busch 20 p. 113, bes. 134 ff.) Es handelt sich aber nicht darum, aus welchen Gründen das Problem in die Erscheinung tritt und Aktualität gewinnt, sondern darum: nach welchen Prinzipien das unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime aufgetauchte Problem zu lösen ist. Entscheidet es sich nach dem materiellen Recht, welche Thatsachen als rechtserzeugende oder rechtshindernde und rechtsvernichtende, als „günstige" oder „ungünstige" für jede der Parteien zu gelten haben (vgl. auch Maxen, Beweisl. p. 2 ff.), und ist die Einteilung in rechtserzeugende, rechtshindernde und rechtsvernichtende oder in günstige und ungünstige Thatsachen (Reinhold, L. v. d. Klaggr. a. a. O., b. Busch p. 133, 141 ff.) oder das Verhältnis von allgemeinen und speziellen Rechtssätzen u. s. w. (vgl. unten § 3 Note 119) für die Beweislastverteilung bestimmend, so ist damit zugegeben (vgl. unten § 3 Note 72), dass die Beweislastverteilung aus dem materiellen Rechte entfliesst. Gewiss kann nur „angesichts einer konkreten Prozesslage, sowie mit Bezug auf das gegebene Parteiverhältnis und auf die bereits anderweit in den Prozess eingeführten und feststehenden Thatsachen" darüber entschieden werden, „welcher der beiden

Digitized by Google

schäftliche Bestimmung dieser Potenz und damit der Beweislastverteilung nichts einwenden.[20]) Wird indess das Beweisen oder Nichtbeweisen seitens einer Person als Bedingung gesetzt,

---

Parteien es zum Nachteile gereiche, wenn eine bestimmte weitere Thatsache nicht festgestellt werden würde oder . . . . welche Partei die Beweislast hierfür treffe" (Betzinger p. 296). Aber die Charakterisierung der Thatsachen als vorteilhafte oder nicht vorteilhafte bestimmt sich nach dem Normen- und Gegennormensystem des materiellen Rechts (Betzinger p. 297 ff.), das damit die Grundlage der Beweislastverteilung bildet; ob der Beweis in einem oder dem anderen Falle durch ein Beweissurrogat ersetzt wird, desgleichen, ob er etwa zufolge von Erfahrungs- oder Rechtspräsumtionen erübrigt, bleibt völlig unerheblich. Präsumtionen verändern nichts an der an sich nach dem materiellen Recht gebotenen Beweislastverteilung; nur die Erhebung des einer Partei obliegenden Beweises wird durch sie überflüssig; auch sie sind Beweissurrogat. Nichts selbstverständlicher, als dass der Richter, wenn er die Ueberzeugung von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer Thatsache gewonnen hat, von der Erhebung des Hauptbeweises absieht und nur noch Gegenbeweis zulässt; das ist aber — im Falle von Rechtsvermutungen — das Wesen der sog. Verschiebung der Beweislast (Betzinger p. 363 ff.): vgl. RG. b. Bolze 10 Nr. 772, Daubenspeck, Ref. u. Votum p. 77 (5. Aufl.), auch unten § 3 Note 92. Nichts selbstverständlicher, als dass damit die Frage der Beweislastverteilung im Grunde garnicht berührt wird. Und schliesslich stellen die Präsumtionen materielle Rechtsnormen dar, sofern jedes Recht dadurch, dass ihm solche Präsumtionen zur Seite stehen, an Intensität gewinnt (vgl. § 4). Die Frage: wer im konkreten Falle eine Thatsache wirklich beweisen müsse, ist allerdings nicht allein aus dem materiellen Recht zu beantworten; das ist aber nicht identisch mit der Frage der Beweislast. Unabhängig von der Frage der Beweislastverteilung ist die Frage, ob eine Thatsache, deren Beweis an sich der einen Partei obliegt, zufolge besonderer Umstände nicht mehr bewiesen zu werden braucht, und etwa nur noch dem Gegenbeweis zugänglich ist. Selbstverständlich gehören die Normen, die vorschreiben, wie der Richter seine Überzeugung zu gewinnen hat, und welcher Gestalt die richterliche Überzeugung sein muss, dem Prozessrecht an (vgl. §§ 259, 336 ff. CPO.). Die Quintessenz lautet: das Prinzip, dass eine Verteilung der Beweislast stattfindet, das Prinzip, das die Einführung, die Entstehung des Institutes der Beweislastverteilung veranlasst hat, ist ein prozessuales; das Prinzip dagegen, nach dem die Verteilung der Beweislast geregelt wird, ist materiellrechtlich (Fischer: R. und Rechtsschutz p. 19 undeutlich: „das Prinzip der Verteilung der Beweislast ist ein prozessualisches"). — Dafür, dass die Lehre von der Beweislast dem materiellen Rechte angehöre: Mot. z. CPO. p. 201; RG. 6 p. 413; 9 p. 339, 341 (7 p. 47 spricht RG. von der „zivilprozes-

Digitized by Google

so ist dies eine Bedingung wie jede andere „wahre, auf ein zukünftiges noch ungewisses Ereignis gestellte Bedingung.“ [21]) Nur die absurden Resultate können davon abhalten, die Möglichkeit der Verpflichtung einer Prozesspartei, das Beweisen seitens der anderen zu beweisen, in Betracht zu ziehen.

Verharrt man bei der herrschenden Ansicht über die Beweislast im Falle der Resolutivbedingung, so ergiebt sich bei der Konstruktion, welche nach Resolvierung der Zahlung wiederum nur einen resolutiv-bedingten Rückforderungsanspruch entstehen lässt, die für richtig erachtete Beweispflicht des Beklagten bezüglich der ursprünglichen Forderung ohne Weiteres, womit das Hineinziehen der Beweislastfrage in die

---

sualen Beweislast“; das soll offenbar nichts anderes heissen als: die „Beweislast im Civilprozess“. Irrig Betzinger p. 273 ff.); Förster-Eccius, PrPrR. § 31.; Struckmann-Koch Note 1 zu § 255 u. dort zit.; Neisser b. Gruchot 34 p. 294; vgl. ferner die Litter. b. Betzinger a. a. O.; auch § 363 BGB.

20) Natürlich kann dem Richter nicht die Überzeugung von der Wahrheit oder der Unwahrheit einer Thatsache aufoktroyiert werden (Betzinger p. 284. 293, 294, 363); und es ist missbräuchlich von einem Dispositionsrecht der Parteien über Thatsachen zu reden (vgl. Kohler, Proz. als Rechtsverh. p. 33), wie vielfach geschieht. Indes bietet die Befreiung von dem Beweise einer Thatsache, deren Beweis sonst Voraussetzung für die erfolgreiche Durchführung eines Prozesses wäre, eine Intensierung des Rechtes, einen unzweifelhaften Vorteil (vgl. unten § 4), der der freien Vereinbarung der Parteien unterliegen muss. In jedem „Beweisvertrage“ liegt eine ganz bestimmt geartete Disposition über das Recht (vortrefflich: Schlesinger, Formalkontr. p. 137 ff. 329), die der Richter beachten muss. Er darf natürlich nicht zufolge dieses Vertrages die Thatsache bis zum Gegenbeweise für wahr und festgestellt erklären; wohl aber muss er sagen, dass die Parteien es so gehalten haben wollten, als ob die Thatsache festgestellt wäre, und den richterlichen Ausspruch darüber wünschten, wie bei zu Grundelegung des sonach sich ergebenden Thatsachenmaterials ihre Rechtsbeziehungen sich gestalten würden. Die Parteien vereinbaren gewissermassen, dass für ihre Rechtsbeziehungen Präsumtionen gelten sollen, die ohnedies nicht gelten würden. Über den Beweisvertrag vgl. Heffter zu Weber, Verbindl. z. Bewführ. (2. Aufl.) p. 296; Windscheid, Pand. Note 2 zu 312a; Hasenöhrl, Österr. ObIR. II p. 288; Mot. z. BGB. 1. Entw. I p. 385 und dort zit.; Betzinger p. 361 ff.; Pollak, Ger. Geständnis p. 42, 51, 84; auch die in der vor. Note zit.

21) Stölzel a. a. O. p. 106.

Digitized by Google

Definition der Vorbehaltszahlung sich als überflüssig herausstellen würde.

Es darf behauptet werden, dass bei einer Zahlung mit Vorbehalt keine Partei daran denkt, an die Thatsache des Beweises oder der richterlichen Feststellung der Forderung materiellrechtliche Folgen zu knüpfen. Die Frage, über die sie streiten, ist die des Bestehens oder Nichtbestehens der Forderung. Das richterliche Urteil hat für sie nur Erkenntnis-, keinen konstitutiven Wert. Entkleidet man die bisher betrachteten Konstruktionen ihres pseudo-materiellrechtlichen Gewandes, so lauten sie alle einhellig: Zahlung mit Vorbehalt ist Zahlung unter der Bedingung, dass die Forderung besteht.[22]) Auch die scheinbar komplizierte Auffassung, nach der die resolvierte Zahlung nur wieder einen resolutiv-bedingten Anspruch gebiert, erscheint dann in gleicher Gestalt: die Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs bringt dann einen Rückforderungsanspruch zur Entstehung, falls die Forderung, auf welche gezahlt war, nicht bestand, d. h. die Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs resolviert die Zahlung nur, falls die Forderung nicht bestand; die Zahlung wird durch diese Geltendmachung nicht resolviert, falls die Forderung bestand. Scheidet man noch das Moment der Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs aus, dem gleichfalls nur mit Rücksicht auf die Beweislastverteilung resolvierende Kraft beigemessen wird,[23]) und das hier gänzlich überflüssig ist, so ergiebt sich: die Zahlung wird resolviert, wenn die Forderung nicht besteht und schliesslich, da eine condicio in praesens collata keine Resolutivbedingung sein kann: die Zahlung ist durch das Bestehen der Forderung bedingt.

---

22) Die Widersinnigkeit einer anderen und wörtlichen Auffassung jener Konstruktionen zeigt z. B. RG. 7 p. 186/187: darnach lebt die mit Vorbehalt gezahlte Forderung nach Eintritt der Resolutivbedingung wieder auf; die Resolutivbedingung aber tritt ein: wenn es „rechtlich ausgemacht ist, dass der Zahlende keine Zahlungsverpflichtung hatte". Also wenn feststeht, dass die Forderung nicht besteht, lebt die Forderung wieder auf! So auch die Herausgeber von Koch's ALR. Note 66 zu § 160 I 16.

23) Das geht z. B. aus Förster-Eccius Note 79 I p 575, sowie Stölzel bes. p. 104, 117 klar hervor.

Digitized by Google

Damit sind wir zu der unter der ersten Klasse an letzter Stelle aufgeführten, vor allem von Stölzel häufig angewandten Definition gelangt, deren Kritik dem folgenden Paragraphen vorbehalten bleibt.

Nur das sei noch zum entwickelungsgeschichtlichen Verständnis der vorbehandelten Ansicht bemerkt: Sie erklärt sich, wie bei Eccius und Stölzel[24]) deutlich zu verfolgen ist, aus dem Zusammenwirken eines theoretischen Missverständnisses und eines richtigen Rechtsgefühls. Das mit Vorbehalt Gezahlte wird Eigentum des Empfängers, nur steht dem Zahler unter Umständen ein Rückforderungsrecht zu: aus dieser Thatsache schloss man auf eine resolutiv-bedingte Zahlung, und konsequent bürdete das Reichsgericht dem Rückfordernden den Beweis des Bedingungseintritts auf. Das Rechtsgefühl indes sträubte sich mit Recht gegen eine solche Beweislastverteilung. Es galt eine theroretische Begründung für die Beweispflicht des Beklagten zu finden. So entstand die Theorie, nach der die Rückforderung selbst, aber nur resolutiv-bedingt, resolviert.

Über die zweite Klasse von Ansichten, der ich mich, soweit sie das Anerkenntnis nicht nur im konstitutiven Sinne fasst, unter näherer Darlegung im Wesentlichen anschliessen werde, soll erst unten näher gehandelt und hier nunmehr sogleich zur ersten Gruppe der dritten Klasse übergegangen werden, während die Kritik der zweiten Gruppe dieser Klasse ebenfalls erst später erfolgen soll.

Eccius[25]) definiert den obligatorischen Vertrag zutreffend dahin, dass er „Verbindlichkeiten begründen, also in die Zukunft wirken soll", er selbst muss in die Zukunft wirken, und er muss bestimmt sein, ein in die Zukunft hinein dauerndes rechtliches Spannungsverhältnis zwischen den Kontrahenten zu schaffen. Es reicht nicht hin, dass das Rechtsgeschäft möglicherweise künftig sich als ungültig herausstellen kann; wegen der Möglichkeit einer condictio indebiti z. B. darf die Zahlung nicht als obligatorischer Vertrag bezeichnet

24) A. a. O.

25) Förster-Eccius I p. 575, desgl. Windscheid Pand. II § 429 Note 2.

Digitized by Google

werden. Die condictio indebiti findet statt, wenn sich herausstellt, dass die „Zahlung" keine Zahlung war. Die Thatsache, dass das Gezahlte sich im Vermögen des Empfängers befindet und zwar trotz des Nichtvorhandenseins einer Zahlung, bringt den Rückforderungsanspruch hervor.

Ein besonderer Vertrag, der das Rückforderungsrecht für den Fall, dass in Wahrheit eine Zahlung nicht vorliege, begründen sollte, wäre überflüssig, denn er gäbe nichts, was nicht schon gegeben ist. Wohl wäre ein Vertrag möglich und bedeutsam, der den Zahlungsakt an die bestimmte, bei seiner Vollziehung bezeichnete Forderung knüpfen und die etwaige gesetzliche Vermutung einer Schenkung oder eines konstitutiven Anerkenntnisses, also der Zahlung einer anderen, gleichzeitig neu geschaffenen Forderung, trotz Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen dieser Vermutung ausschliessen würde. Eine solche Präsumtion wird aber, wie sich später[26]) noch ergeben wird, nicht von allen Gesetzen, z. B. nicht vom BGB., aufgestellt; ihre Ausschliessung kann daher nicht das Wesentliche des Vorbehaltes sein. Auch wäre es verfehlt, diesen Ausschluss durch besonderen Vertrag bewirken zu wollen, da es doch weit näher liegt und richtig ist[27]), in dem Vorbehalt einfach eine Willensäusserung zu erblicken, die das Nichtvorhandensein des Schenkungs- oder konstitutiven Anerkennungswillens erweist. Und ein obligatorischer Vertrag könnte in einer derartigen vertragsmässigen Festsetzung, die sich nur als eine nähere Präzisierung des Inhaltes des nicht obligatorischen Zahlungsgeschäftes darstellen würde, überhaupt niemals gefunden werden.

Insofern die bekämpfte Ansicht etwa eine Vereinbarung über die Beweislast im Falle eines Rückforderungsprozesses annehmen sollte, könnte sie nur als letzte Ausflucht in Betracht kommen; es gilt eben die Eigenschaft des durch Vorbehaltszahlung geschaffenen Rechtszustandes aufzuspüren, aus der die unzweifelhaft gebotene, allein billige Beweislastverteilung im Rückforderungsprozesse folgt.

Auch als Vertrag zwecks Herbeiführung eines Erkennt-

---

26) In § 3a.

27) Vgl. § 3c.

Digitized by Google

nisses über die Forderung darf der Vorbehalt nicht gelten. Ein solches pactum de petendo giebt es nicht. Sobald eine Klage aus der Forderung gegeben ist, kann jeder Kontrahent ohne Weiteres richterliche Entscheidung über sie hervorrufen. Ein Vertrag der bezeichneten Art wäre inhaltslos und keinesfalls klagbar. Gewährt aber das Prozessrecht keine Klage, so kann Privatwillkür hieran nichts ändern. Zudem wäre die normale Vorbehaltszahlung psychologisch undenkbar, wenn ein Prozess über das Forderungsrecht nach dem Willen beider Parteien unter allen Umständen ausgefochten werden sollte. Die etwa auch hier im Grunde gemeinte Vereinbarung über die Beweislastverteilung ist schon vorstehend behandelt. Wie die weitere Deduktion Neisser's[28]) klar ergiebt, vermag er diese hier betrachtete Auffassung selbst nicht zu halten; das endliche Ergebnis, zu dem er gelangt: Vorbehalt sei vertragsmässiger Ausschluss der Präklusivwirkung hat mit jener Auffassung nichts gemein.

Durch Hingabe und Annahme einer Zahlung mit Vorbehalt einen Vertrag über Zurücknahme oder Nichtanstellung der Leistungsklage zu Stande kommen zu lassen, verbietet schon die Erwägung, dass man dann ebensogut in jeder Art Erfüllung einen derartigen Vertrag finden müsste. Ist Zahlung mit Vorbehalt Erfüllung, so bedarf es zur Erklärung der Abweisung einer trotz erfolgter Vorbehaltszahlung angestrengten Leistungsklage keiner weiteren Ausführung.[29]) In der Frage aber, ob Vorbehaltszahlung Erfüllung sei, kulminiert die praktische Wichtigkeit des ersten Teiles der vorliegenden Untersuchung. Sie wird später[30]) eingehend erörtert werden.

Was schliesslich die am Ende des vorigen Paragraphen zitierten, die angeblichen Wirkungen der Vorbehaltszahlung betreffenden Äusserungen anlangt, so liegt ihre Unrichtigkeit zumeist klar auf der Hand. Die Rückforderungsklage kann keine normale condictio sine causa oder aber indebiti (ohne Notwendigkeit des Irrtumsbeweises) sein: denn sonst müsste

---

28) A. a. O. p. 285/286.

29) Vgl. jedoch unten § 5 bei Note 50 über den freilich ganz anderen Fall suspensiv-bedingter Zahlung.

30) In § 4.

Digitized by Google

der Kläger die Nichtschuld beweisen.[31]) Dass der Vorbehalt die etwaige Präsumtion einer Schenkung oder eines konstitutiven Anerkenntnisses beseitigt und also in den Fällen, wo sonst wegen dieser Präsumtion Rückforderung ausgeschlossen ist, das Rückforderungsrecht wahrt, wird sich freilich unten[32]) als richtig herausstellen; doch wurde schon darauf hingewiesen, dass dieser Erfolg dem Vorbehalt nicht wesentlich ist, dass er zum Beispiel nach dem BGB. diese Wirkung nur in ganz beschränkten und selbst anders gearteten Resten haben kann.

Der Empfänger einer Vorbehaltszahlung soll auch nicht nur den Vorteil haben, das Geld „vorläufig zu besitzen", sondern er soll, falls seine Berechtigung besteht, ein dauerndes, allerdings nur beschränktes Recht an dem Gezahlten haben; und der mit Vorbehalt Zahlende macht nicht nur die „reale Leistung" d. h. übereignet nicht nur den Geldbetrag, sondern er übereignet ihn — freilich mit einer Beschränkung — zur Schuldtilgung: das wird alles im folgenden Paragraphen erwiesen werden.

Die Unmöglichkeit einiger weiterer scheinbar erwägenswerter Konstruktionen wird der § 5 zeigen.

§ 3. Die Vorbehaltszahlung.

a) Konstruktion der Vorbehaltszahlung.

Im vorigen Paragraphen scheint ein Ausgangspunkt für die zur Erkenntnis des Wesens der Vorbehaltszahlung führende Deduktion gefunden.

Wir hatten gesehen, dass die im Sinne einer Resolutivbedingung lautenden Definitionen sich insgesamt auf die eine Definition reduzieren lassen: Zahlung mit Vorbehalt ist Zahlung für den Fall des Bestehens der Verbindlichkeit. Unzweifelhaft: wer mit Vorbehalt zahlt, wird das leicht dahin formulieren: ich zahle, aber nur für den Fall, dass die Forderung existiert! Sehen wir, was sich mit dieser Formulierung machen lässt.

Zeigt sie die Vorbehaltszahlung als Zahlung unter con-

---

31) Vgl. § 3e.
32) In § 3a und b.

Digitized by Google

dicio in praesens? Die Zahlung ist ein Rechtsgeschäft, das zur kontraktsgemässen Tilgung, Erfüllung einer Forderung dient. Sie setzt begrifflich das Bestehen einer zu tilgenden Forderung voraus. Selbst wenn eine Rechtsordnung bei bewusster vorbehaltsloser Zahlung einer Nichtschuld und bei vorbehaltsloser Zahlung trotz Zweifels an der Schuld Schenkung bezw. konstitutives Anerkenntnis annimmt, kann dies nicht geleugnet werden.[1]) Dann wäre eben wiederum im Falle des Nichtbestehens der ursprünglichen Forderung die durch solches Anerkenntnis oder den gleichzeitig geschlossenen Schenkungsvertrag[2]) neu[3]) entstandene Forderung durch die Zahlung getilgt.[4])

Besteht die zu zahlende Forderung nicht, so liegt keine Zahlung dieser Forderung vor. Bezieht man die Bedingung „falls die Forderung besteht," auf den Charakter des Rechtsaktes als einer Zahlung im technischen Sinne, so stellt sie sich als condicio juris dar,[5]) sie liegt ohne Weiteres im Wesen der Zahlung und wird nicht erst durch Parteiakt gesetzt.

1) S. Schlesinger, Formalkontr. p. 32: dass vom Falle eines Missverständnisses abgesehen anders als auf einen Rechtsgrund überhaupt nicht gegeben werde.

2) Der freilich gleichzeitig mit seiner Entstehung erfüllt wird, für den die Erfüllung gewissermassen nicht anspruchvernichtend, sondern keimzerstörend wirkt. M. a. W.: es liegt zwar kein obligatorischer Schenkungsvertrag vor, wohl aber eine neben der materiellen Leistung hergehende Willenseinigung über den Zweck der Leistung, eine Willenseinigung, die als nicht-obligatorischer Schenkungsvertrag zu bezeichnen ist.

3) Über das konstitutive Anerkenntnis: Bähr, Anerk. bes. § 20, § 43 ff. (1. Aufl. p. 72 ff. 161 ff.); ferner Windscheid, Pand. § 412 b u. a Note 2; Exner b. Grünhut 1 p. 235; Hasenöhrl II p. 286 ff. u. 301, sowie die Litteratur das. p. 284 Note *. Gegen die allgemeine Möglichkeit konstitutiven Anerkenntnisses z. B. Schlesinger, Formalkontr. p. 140 ff.; v. Canstein b. Busch 1 p. 282 ff.

4) Übereinstimmend Schlesinger a. a. O. p. 203 ff., der Zahlung, im Sinne von Zahlung der dem Wortlaut nach zu tilgenden, obligatorischen Verbindlichkeit, der Schenkung, im Sinne von Zahlung der gleichzeitig neu begründeten und getilgten, nicht-obligatorischen Schenkungsverbindlichkeit gegenüberstellt. Vgl. ferner Römer, Beitr. p. 6 ff.

5) Das erkennt nunmehr auch Stölzel in seiner neuen Abhandlung b. Busch 24 p. 78. Eine „Resolutivwirkung" der conditio juris, die er, als Rest seiner früheren Ansicht, p. 79 festhält, ist unkonstruierbar, selbst begriffswidrig. Vgl. Motive z. 1. Entw. BGB. I p. 268/269.

Digitized by Google

Es empfiehlt sich jedoch, gerade Bedingungen, die das Gewand der Rechtsbedingung tragen, um deswillen genau zu betrachten, weil sie häufig von den Parteien als wahre Bedingungen gewollt sind. Wer seinem angeblichen Gläubiger ein Pferd übergiebt mit dem Bemerken: „ich erfülle hiermit meine Verbindlichkeit, falls sie besteht," will allerdings scheinbar nur den Akt des Erfüllens im prägnanten Sinne von jener Bedingung abhängig machen, also eine Rechtsbedingung setzen. In Wahrheit bezweckt er jedoch ein Mehreres: dem realen Traditionsakte, nicht nur dem mit diesem verbundenen Tilgungsvertrag fügt er eine Bedingung bei; m. a. W.: er tradiert nur unter condicio in praesens.

Bei Zahlung unter der „Bedingung", dass die Forderung besteht, liegt es jedoch anders: Hier wird Geld übergeben, das durch die regelmässige Vermischung notwendig in das Eigentum des Empfängers fällt.[6]) Geldstücke als Individuen, eine Geldsumme als Spezies zu übertragen, könnte wohl einem Sonderling beifallen; das wäre aber wiederum schon darum keine Zahlung, die Aushändigung von Geld als Geld, d. h. als Fungibile, voraussetzt. Mit dem Umstande, dass eine Vermischung des übergebenen Geldes regelmässig stattfindet und durch diese Vermischung ein etwa nur bedingt übertragenes Eigentumsrecht an diesem Gelde unbedingt wird, rechnet im heutigen Verkehr wenigstens Jedermann. Man darf darum unbedenklich davon ausgehen, dass der unter jener „Bedingung" Zahlende den Geldbetrag von vornherein nicht bedingt, sondern unbeschränkt übereignen will.[7])

Noch immer hat sich mithin eine Differenz zwischen reiner Zahlung und Zahlung mit Vorbehalt nicht enthüllt. Von beiden gilt gleichmässig:

a) das Eigentum am Gelde geht auf den Empfänger über;

b) eine Zahlung liegt nur vor, wenn die zu tilgende Forderung bestand.

---

6) Vgl. hierzu das Material bei Gruchot, Zahl. der Geldschulden p. 125 ff. Bezüglich des ALR.'s §§ 95 ff. I 15; des BGB.'s § 948 ff.

7) A. A. anscheinend für den in diesem Punkt analogen Fall der Resolutivbedingung die Herausgeber von Koch's ALR. Note 66 zu § 160 h. t.: Auch das Eigentumsrecht des Empfängers werde wieder aufgehoben.

Digitized by Google

Das kann aber nicht befriedigen. Wenn der mit Vorbehalt Zahlende seine Worte: „ich zahle; aber nur wenn die Forderung besteht", einzig im Sinne einer condicio juris, versteht, warum fügt er sie hinzu? Er will unzweifelhaft etwas besonderes, von dem, was der pure Zahlende will, Abweichendes. Und zwar will er die Besonderheit seines Willens gerade durch jene Worte ausdrücken. Der Ton seiner Rede würde keinen Zweifel lassen; er fasst seinen Gedanken und Willen nur unvollständig in Worte;[8]) er meint: ich zahle, aber nur für den Fall, dass die Forderung besteht, was ich nicht zugebe, vielmehr bestreite. Das Bestreiten, das Nichtanerkennen der Verbindlichkeit ist es, was die Vorbehaltszahlung von der Zahlung ohne Vorbehalt unterscheidet.

Zum richtigen Ziele weist eine Exegese der Worte „Zahlung mit Vorbehalt."

Vorbehalt, Reservation — wie der in der Theorie gebräuchlichere, den römischen Quellen nicht bekannte, Ausdruck lautet — eine Unterart der Protestation, der Verwahrung, ist eine Willenserklärung, die man bei Vornahme einer Handlung vollzieht, um eine nachteilige Auslegung dieser Handlung, um die Annahme einer bestimmten sog. stillschweigenden Willenserklärung, die sonst in jener Handlung gefunden werden könnte, abzulehnen.[9]) Der Vorbehalt stellt sich nach Betzinger[10]) dar als eine keimzerstörende Thatsache gegenüber der anspruchserzeugenden Thatsache einer stillschweigenden Willenserklärung. Böcking[11]) giebt die Definition, der Vorbehaltende wolle „ein Recht nicht aufgegeben haben, welchem man bei einer dem Willen des Erklärenden nicht entsprechenden

8) In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit (l. 219 D. 50,16); ALR. I 4 § 65 ff.; code civil Art. 1156 ff.; BGB. § 133.

9) Vgl. z. B. Bielitz, Prakt. Komm. Note zu § 466 und § 469 I 14 ALR.; Arndts, Pand. (14. Aufl.) § 75; Dernburg, Pand. I § 98; PrPrR. I § 84; Wächter, „Pand." §§ 81/82; Engelmann, PrPrR. § 42. Motive z. BGB. 1. Entw. I p. 145. Für das ALR. vgl. I 14 § 466 ff.; 5 § 307; 11 §§ 465, 797; 20 §§ 156, 253; für das BGB. z. B. §§ 464, 640 Abs. 2, 881, 1253 Abs. 2.

10) Beweisl. p. 347 ff.

11) Pand. I § 116 (p. 409/410).

Digitized by Google

Auffassung einer Willensäusserung in ihrer Allgemeinheit entsagt zu haben scheinen könnte.“ Man beachte, dass in dieser Definition, die nicht selten ähnlich gewendet wiederkehrt,[12]) das Wort Vorbehalt, wie auch Reservation, ganz in seiner Grundbedeutung erscheint: der Vorbehaltende behält sich etwas vor, reserviert sich etwas, was ihm sonst abhanden kommen würde; er hält ein Recht zurück, das er übertragen, aufgegeben hätte, wenn er den Vorbehalt nicht gesetzt hätte.

Gegen welche nachteilige Auffassung des Zahlungsaktes richtet sich der Vorbehalt bei der Vorbehaltszahlung? Welches Recht soll er bei dem Zahler zurückhalten?

Einen Fingerzeig bietet die l. 25 D. 22,3 von Paulus: „praesumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat, qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet et indebitas effundat.“ Dem Empfänger einer Zahlung steht (für den Fall der Rückforderungsklage) eine Präsumtion zur Seite; und zwar, wie die Fortsetzung der Stelle ergiebt, eine Präsumtion dahin, dass er auf ein debitum gezahlt habe, dass also die gezahlte Forderung bestanden habe.

Wie erklärt sich diese Präsumtion? Nach jener Stelle daraus, dass man erfahrungsgemäss beim Zahlen von Geld überlegt und nicht Hals über Kopf handelt, eine Annahme, gegen die ein Gegenbeweis nicht gestattet wird.[13]) Damit ist aber noch nicht erklärt, warum die Präsumtion sich nicht nur auf das Vorliegen einer wohlbedachten Zahlung, sondern

---

12) z. B. Windscheid, Pand. § 72 a. E.; Hasenöhrl, Österr. Obligationenr.“ I (2. Aufl.) p. 675 (auch Savigny, System III p. 246 Note h). Beinahe scheint es, als fassten diese Autoren die hier fragliche Willenserklärung als „Verwahrung“, „Protestation“, nicht als „Vorbehalt“, „Reservation“. Die Grenzbestimmung zwischen „Vorbehalt“ u. „Verwahrung“ ist überhaupt eine sehr fluktuirende. Während z. B. Dernburg a. a. O. schlechthin die Protestation gegenüber der Reservation als das Allgemeinere bezeichnet, unterscheiden Bielitz und Engelmann a. a. O. darnach, ob die ungünstige Auslegung einer eignen (Vorbehalt), oder einer fremden (Verwahrung) Willenserklärung abgewehrt wird. Böcking, Windscheid u. Hasenöhrl endlich finden das Kriterium in dem Charakter der Willenserklärung, deren Vermutung ausgeschlossen werden soll; nur wenn diese Willenserklärung ein Verzicht ist, liegt nach ihnen „Vorbehalt“ vor.

13) Vgl. unten Note 81.

Digitized by Google

auf das Bestehen der Schuld richtet. Die Begründung der Stelle müsste dahin ergänzt werden:

Eine Schuld kann nur bezahlt werden, wenn sie besteht. Wer Geld hingiebt, um eine Schuld zu bezahlen, erklärt damit, dass nach seiner Ansicht eine Schuld besteht. Der Erklärung dieser Ansicht misst man mit Recht besondere Bedeutung bei, weil die Zahlung erfahrungsgemäss nach reiflichem Bedenken und nicht überstürzt geschieht, weil also die Ansicht erfahrungsgemäss begründet ist; und deshalb wirkt jene Erklärung eine Präsumtion für die Existenz der Schuld.[14])[15]) Die Ursache dieser Präsumtion ist also die durch die Zahlung erklärte (aus ihr zu schliessende) Überzeugung von dem Bestehen der Schuld, die erfahrungsgemäss nicht übereilt gewonnen und also begründet ist, oder schliesslich die Erklärung dieser Überzeugung. — Diese Erklärung charakterisiert sich rechtlich als ein aussergerichtliches Geständnis, ein Anerkenntnis der Forderung; kein konstitutives Anerkenntnis, sondern ein in Rücksicht auf das Bestehen der Schuld nur deklaratorisches Anerkenntnis.[16])

Dass ein solches deklaratorisches Schuldanerkenntnis in der vorbehaltlosen Zahlung liegt, ist ein klarer Schluss, den

---

14) Eine Rechtsvermutung, keine Erfahrungsvermutung! Denn l. 25 D. 22,3 setzt sie, freilich unter Herleitung aus der Erfahrung, fest. A. A. Fitting b. Busch 13 p. 69. Über den Unterschied beider Arten von Vermutungen vgl. noch Koch, Preuss. Civ.-Pr. §§ 273, 274; Fitting a. a. O. p. 75 ff.; Reinhold b. Busch 20 p. 118; Betzinger a. a. O. p. 292/293. Siehe ALR. I 4 §§ 63, 64; Code civil Art. 1349 ff. Über die verschiedene Wirkung beider Arten auf die Beweislage: vgl. Bähr p. 66 ff., 76 ff.: RG. b. Bolze 10 Nr. 772 (dazu unten Note 92).

15) Irrig spricht Betzinger p. 364 von der Vermutung einer Anerkennung der Schuld; das Anerkenntnis liegt in der reinen Zahlung, wie noch darzulegen, notwendig; nur der Schluss auf die Richtigkeit der anerkannten Thatsache, auf das Bestehen der Schuld, ist eine Vermutung. Das konstitutive Anerkenntnis freilich, bezw. die Schenkungsabsicht, werden nur vermutet; davon kann indes Betzinger a. a. O. nicht handeln.

16) Nach v. Canstein's (b. Busch I p. 272 ff.) Terminologie ein „schlichtes" (kein „dispositives" oder „bezeugendes") Geständnis, das aus besonderen Gründen (weil erfahrungsgemäss wohlüberlegt gezahlt wird) die Kraft eines vollbeweisenden Beweisgrundes hat und eine praesumtio juris wirkt.

Digitized by Google

die Theorie fast allgemein zieht.[17]) Er hört aber auf, berechtigt zu sein, sobald der Zahlende in continenti erklärt, er zweifle am Bestehen der Schuld, er erkenne sie nicht an; diese Erklärung wäre ein Vorbehalt, eine Zahlung mit dieser Erklärung eine Zahlung mit einem Vorbehalt.[18])

Das römische Recht und ihm folgend das gemeine Recht knüpft indes an die reine Zahlung ausser jener Vermutung des Schuldbestandes noch weitere Folgerungen, die hier betrachtet werden müssen. Aus der gleichen Erwägung, dass erfahrungsgemäss nicht unbedacht gezahlt werde, folgert es[19]), dass dem Zahlenden bei der Zahlung die wahre Rechtslage, also auch das etwaige Nichtbestehen der Schuld, regelmässig bekannt sei[20]); es präsumiert[21]) im Falle des Nichtbestehens der Schuld, dass der Zahlende bewusst eine Nichtschuld gezahlt habe, und nimmt im Falle bewusster Zahlung einer Nichtschuld[22]) vermöge einer praesumtio juris et de jure[23]) Schenkungsabsicht[24]) an, womit die Rückforderung ausge-

17) Vgl. z. B. l. 64 D. 12,6; Puchta, Kl. civ. Schr. p. 610/611; Bähr, Anerkennung § 19 (1. Aufl. p. 68), b. Jhering 2 p. 314; Schlesinger, Formalkontr. p. 53, 203; Witte, Bereicherungskl. p. 103; Windscheid, Pand. Note 19 zu § 426 u. dort zit.; Dernburg, Pand. II § 141 Nr. 4d; Demolombe, Traité des contrats 4 (Cours de Code Nap. Bd. 28) p. 63; Hasenöhrl, Österr.Obl.R. II p. 295; Stölzel a. a. O. p. 103/104 (ohne scharfe Sonderung vom konstitutiven Anerkenntnis). Auch ALR. I 5 § 189 u. Rehbein u. Reincke Komm. Note 100 dazu.

18) Gerade diese, wie sich noch zeigen wird, wesentlichste Wirkung des Vorbehaltes berührt das ALR. in den §§ 160 ff. garnicht. Vgl. RG. 7 p. 183 f. u. unten Note 29.

19) l. 25 § 1 D. 22,3.

20) So, vortrefflich, auch Witte a. a. O. p. 162.

21) Angesichts der l. 25 D. 22,3 muss diese Präsumtion gleich der auf das Bestehen der Schuld gerichteten als praesumtio juris gelten.

22) Dass diese die Grundlage des Ausschlusses der Rückforderung ist, spricht z. B. l. 1 § 1 D. h. t. (12,6) klar aus.

23) Die sich begrifflich mit der Fiktion deckt: vgl. Fitting b. Busch 13 p. 77 ff.; Betzinger p. 362.

24) D. h. Zahlung einer gleichzeitig neu begründeten Schenkungsforderung (vgl. oben Note 2). So l. 53 D. 50,17; Vangerow, Pand. III § 628; Windscheid, Voraussetz. p. 203, Pand. § 426 Note 13 u. dort zit.; Schlesinger a. a. O. p. 163 Note 79, p. 203 ff.; Spaltenstein, Das spez. jur. Gesch. p. 102 (p. 108/109 gegen die Annahme eines kon-

Digitized by Google

schlossen ist.[25])[26]) Gegen jene Präsumtion einer Kenntniss der Nichtschuld ist aus praktischen Rücksichten[27]) nur be-

stitutiven Anerkenntnisses); Wächter, Pand. II p. 501; Reinhold, L. v. d. Klaggr. p. 112; auch Dernburg, Pand. II § 141 Note 18, u. Zimmermann, Beitr. p. 33 ff., die indes gleich Windscheid a. a. O. Schenkungsabsicht nicht für notwendig halten. Doch ist m. A. n. wohl zu beachten, dass auch in den von diesen Schriftstellern herangezogenen Fällen neben der angeführten entfernteren subjektiven causa Schenkungsabsicht vorliegen kann u. wird (vgl. Dernburg selbst, Pand. II § 106 Nr. 2). Auch in den Ausnahmefällen der Böswilligkeit (vgl. l. 50 D. 46,3; l. 31 pr. D. 5,3) reicht die hier vertretene Auffassung aus. Dann greift eben ein allgemeineres rechtspolitisches Prinzip ein, verwandt dem, das die Nichtberücksichtigung der Mentalreservation zur Folge hat. Wer in betrüglicher Absicht zahlt, wird als einer, der schenken will, behandelt. Daher ist es schwerlich angebracht, um dieser Fälle willen das im Text gegebene Prinzip zu der Verschiedenartiges zusammenfassenden, abstrakten Formulierung zu verflüchtigen, die sich z. B. bei Windscheid a. a. O. u. Note 14 findet (vgl. auch die interessante l. 50 D. h. t. (12,6)). — Nur gezwungen kann hier, wie Zimmermann a. a. O. p. 36 ff., 41, 49 für gewisse Fälle will, eine auf Vollziehung eines konstitutiven Anerkenntnisses gehende Absicht angenommen werden (vgl. Schlesinger p. 131). — Bähr's Theorie (a. a. O. p. 68 ff.) erscheint, selbst wenn man ein Anerkenntnis statt der Schenkung konstruiert, insofern verfehlt, als er in dem Zahlungsgeschäft generell eine solche Anerkennung erblickt; deshalb ist ihm auch das Verständnis des § 1 der l. 25 D. 22,3 verschlossen (vgl. a. a. O. § 23, 1. Aufl. p. 82 ff.) Dieser Paragraph erklärt sich (s. unten Note 81) auf das Einfachste daraus, dass nicht in jeder Zahlung ein konstitutives Anerkenntnis liegt, dessen Unwirksamkeit nachgewiesen werden müsste, sondern dass ein solches Anerkenntnis für den Fall wissentlicher Zahlung der Nichtschuld und einzig für diesen Fall angenommen wird, und dass das Vorliegen dieses Falles vermutet wird (praesumtio juris), so dass man wohl kurz sagen mag: das Anerkenntnis werde vermutet (praesumtio transactionis in l. 11 Cod. 4,5). Auch § 189 I 5 ALR. stimmt damit überein, wie aus den §§ 185, 186 das., u. I 16 § 165 zu entnehmen ist: denn offenbar wird nur dann auf ein Anerkenntnis geschlossen, wenn Raum für seine Wirksamkeit ist. Es wäre eine unnatürliche Fiktion in jeder Zahlung, auch bei beiderseitiger Ueberzeugung vom Bestehen der Schuld, ein — nicht nur eventuelles, sondern unbedingtes — Anerkenntnis vorauszusetzen, während die hier verfochtene Ansicht dem Willen der Parteien entspricht, den Interessen des Verkehrs und der Parteien genügt und die Quellen für sich hat. Richtig im Wesentlichen: Schlesinger a. a. O., während Windscheid, Pand. Note 19 zu § 426 zu Unrecht einzig das deklaratorische Anerkenntnis gelten lassen will. Selbstverständlich richtet sich (was allgemein übersehen wird) die Präsumtion auch auf das Vor-

Digitized by Google

schränkter Gegenbeweis zulässig; nicht genügt schlechthin der Nachweis, dass man das Bestehen der Schuld angenommen hat, also der Nachweis des einfachen Irrtums, sondern nur der Nachweis entschuldbaren Irrtums. Wohl aber greift die Präsumtion konsequent auch dann nicht Platz, wenn man

---

handensein des wenigstens eventuellen entsprechenden Annahmewillens (des Willens eine Schenkung anzunehmen, oder ein konstitutives Anerkenntnis zu schliessen) bei dem Zahlungsempfänger; denn weder Schenkung noch Anerkenntnis kann zu Stande kommen, wenn der Zahlungsempfänger nichts als Zahlung der bereits bestehenden, angeblich durch die Zahlung zu tilgenden Schuld, und keine Schenkung oder Zahlung einer gleichzeitig durch Anerkenntnis neu begründeten Schuld will. Überhaupt müssen alle Erfordernisse des dissimulierten Geschäfts (der Schenkung oder des Anerkenntnisses) in gleicher Weise, wie der Schenkungs- oder Anerkenntniswille des Zahlers vermutet werden.

25) Vgl. l. 50 D. 12,6; auch l. 35 das.

26) Prinzipiell weicht hiervon auch Windscheid, Voraussetzung p. 189, Pand. § 426 a. E. u. Note 26 ab, nach dem der Zahler verlangen kann, dass seine Erklärung, er zahle eine bestimmte Schuld, da von dem Gegner als solche hingenommen, als richtig angesehen werde, wogegen dem Empfänger nur der Gegenbeweis offen stehe. Dann würde die Präsumtion für die Kenntnis der Nichtschuld wegfallen. l. 25 D. 22,3 bürdet dem Zahler aber ausdrücklich den Nachweis des Irrtums auf, d. h. es fordert vom Kondizenten den Nachweis 1. der den äusseren Umständen nach auf eine bestimmte Schuld erfolgten Zahlung; 2. der Nichtexistenz dieser bestimmten Schuld; 3. der — entschuldbaren — Unkenntnis von dieser Nichtexistenz („si quis indebitum — ignorans — solvit, ... condicere potest l. 1 § 1 D. h. t.). Aus der Nichtexistenz der angeblich gezahlten Schuld mag ja in der Regel auf den Irrtum d. h. die Unkenntnis dieser Nichtexistenz geschlossen werden; aber doch nur in der Regel. Die Auseinanderreissung der Beweise des Irrtums und der Entschuldbarkeit dürfte auch praktisch zu Misslichkeiten führen. Treffend bemerkt Schlesinger a. a. O. p. 205.206, dass ja gerade in der Nichtexistenz der angeblich zu zahlenden Schuld ein Grund liegt, die Erklärung, dass man diese Schuld zahle, für simuliert zu halten. Die Litteratur, die fast ausnahmslos hiermit übereinstimmt, s. bei Windscheid a. a. O. Note 26. Wie Windscheid noch Reinhold, L. v. d. Klaggr. p. 113.

27) Bähr a. a. O. p. 69/70; Witte a. a. O. p. 102/103, 162; Windscheid, Pand. II § 426 Note 14 u. dort zit.; vgl. auch Schlesinger a. a. O. p. 204. Nach Suarez Schlussvorträgen (bei Kamptz 41 p. 53) beruht die Unterscheidung zwischen Rechts- und thatsächlichem Irrtum nur auf einer Fiktion; „wer ex errore juris zahlt, wird in poenam pro scienti geachtet." Zimmermann, Beitr. p. 11 ff. bekämpft das Erfordernis der Entschuldbarkeit des Irrtums.

Digitized by Google

an dem Bestehen der Schuld zweifelte[28]); denn auch in diesem Falle hat man nicht bewusst eine Nichtschuld bezahlt.

Das ALR.[29]) ist hiervon erheblich abgewichen.[30]) Nicht nur, dass es jeglichen — auch unentschuldbaren — Irrtum für ausreichend erachtet; es verlangt allgemein, dass auf eine vermeinte[31]) Schuld gezahlt sei. Demnach genügt nicht, dass man am Bestehen der Forderung zweifelte.[32]) Es wird

28) l. 11 Cod. 4,5; vgl. Windscheid, Pand. § 426 Nr. 3; Arndts § 341 u. Note 7 dazu; Dernburg, Pand. II § 141 Nr. 3.

29) I 16 § 165 ff., die gleich dem § 160 h. t. nur die Schenkung und das konstitutive Anerkenntnis betreffen, während das deklaratorische Anerkenntnis vom ALR. garnicht berührt, mithin das Wesentliche des Vorbehaltes durch § 160 h. t. gerade nicht bezeichnet wird. Was den § 165 h. t. angeht, so beschreibt er die mögliche konstitutive Anerkennung und Schenkung in ihren Wirkungen keineswegs vollständig. Es muss Hasenöhrl (a. a. O. II p. 290) darin beigestimmt werden, dass das konstitutive Anerkenntnis nicht in einem Verzicht auf Einwendungen aufgeht, womit sich gleichzeitig die Charakterisierung der konstitutiven Anerkennung bezw. Schenkung in § 185 ff. I 5 ALR. als unzureichend, und die Verweisung auf § 189 I 5 zur Kennzeichnung des in der reinen Zahlung liegenden konstitutiven Anerkenntnisses (z. B. ROHG. 19 p. 324, Rehbein u. Reincke Komm. Note 100 zu § 189 I 5 ALR. u. Rehbein Entsch. III p. 8 Note) als irreführend herausstellt. Der Versuch, auch das Bestreiten unter die „Einwendungen" zu rubrizieren (z. B. Förster-Eccius I p. 575 Note 79), dürfte verfehlt sein (Arndts, Pand. § 341 definiert das Anerkenntnis für das gem. R. als Verzicht auf das Bestreiten). Nicht aus § 165 h. t., sondern aus §§ 166, 178 h. t. folgt, dass die reine Zahlung nach gesetzlicher Vermutung eventuell ein konstitutives Anerkenntnis oder einen Schenkungsvertrag dissimuliert. — In der Ableitung irrig, aber im Resultat richtig z. B. noch Klein, System d. pr. Civ.R. (1830) I § 466; Ges.Rev.Pens. XIV Mot. p. 105; Bornemann, Preuss. Civ.R. (1835) III p. 540, 563; Rehbein Entsch. III p. 8 Note, p. 64 Note.

30) Erwähnenswert ist, dass § 165 I 16 in gewisser Hinsicht sich als Abweichung von § 193 I 5 ALR. darstellt.

31) Dieses Wort wird richtig (vgl. § 178 Ziff. 3 h. t.) aufgefasst z. B. von Bielitz, Prakt. Komm. zu § 166 h. t., Bornemann, Civ.R. III p. 562; Koch, PrPrR. II § 637, Komm. Note 73 zu § 166 h. t. Misverstanden wird es z. B. von Ob.-Tr. in Präj. Samml. I p. 88, Koch, PrPrR. II p. 356 Note 15, auch Stölzel a. a. O. p. 98, die das „vermeint" anscheinend im Sinne von „nicht wirklich vorhanden" deuten. Offenbar hat l. 1 § 1 D. h. t. dem § 166 h. t. als Vorbild gedient.

32) So auch Dernburg, PrPrR. II § 289 Nr. I 3; a. M. Förster-Eccius, PrPrR. II § 150 (6. Aufl. p. 480).

Digitized by Google

also hier nicht nur präsumiert, dass man bei Nichtbestehen der Forderung bewusst eine Nichtschuld zahlte, und in solcher Zahlung eine Schenkung gesehen, sondern es wird präsumiert, dass man entweder bewusst eine Nichtschuld oder trotz Zweifels an der Schuld gezahlt habe, und vermöge einer praesumtio juris et de jure im ersten Falle Schenkungsabsicht, im zweiten die Absicht, sich eines etwaigen Rückforderungsrechtes begeben zu wollen, angenommen. Die letztere Absicht wäre als eventuelle Schenkungs- oder aber — um mit Justinian[33]) zu reden — als „Vergleichs"-Absicht zu bezeichnen, welch' letztere[34]) wiederum als die auf Vollziehung eines konstitutiven Schuldanerkenntnisses[35]) gerichtete Absicht zu konstruieren ist.[36]) So kann man denn sagen, dass nach preussischem Rechte zwar nicht in jeder Zahlung, wohl aber in der Zahlung trotz Zweifels am Bestehen der Schuld ein konstitutives Schuldanerkenntnis liegt, und zwar notwendig liegt. Falls man hingegen an das Bestehen

33) l. 11 Cod. 4,5.

34) Auch Unger bei Jhering 8 p. 190 ff. u. Vangerow, Pand. § 669a Note 1 (vgl. ferner Schlesinger p. 157) konstruieren das Anerkenntnis als Vergleich, wobei übersehen wird, dass es je nach Umständen sowohl Vergleich, wie Schenkung oder Abgabe eines eventuellen Schenkungsversprechens, oder auch, wie bei der Abrechnung, weder Vergleich noch Schenkung (vgl. BGB. § 782) sein kann. Über weitere Auffassungen vergl. Note 29.

35) Dagegen, dass in der Zahlung ein konstitutives Schuldanerkenntnis liegen könne: Hasenöhrl a. a. O. II p. 295; v. Canstein b. Busch p. 307, und zwar mit Recht, sofern das Wort Zahlung im technischen Sinn genommen, und ausschliesslich die Zahlung der angeblich zu tilgenden Verbindlichkeit ins Auge gefasst wird. Wohl aber kann in dem sich scheinbar als Zahlung einer bestimmt bezeichneten Schuld darstellenden Rechtsakt dann, wenn diese Schuld nicht besteht, ein auf Schöpfung einer neuen Verbindlichkeit gerichtetes Rechtsgeschäft (Anerkennung, Schenkungsvertrag) und gleichzeitige Tilgung dieser Verbindlichkeit dissimuliert werden. Hasenöhrl übersieht, dass nicht für alle Fälle ein Anerkenntnis postuliert wird (vgl. oben Note 24). v. Canstein berücksichtigt nicht (vgl. p. 350 a. a. O.), dass vorliegend das Gesetz (l. 25 D. 22,3 u. §§ 166, 178 ALR. h. t.) ausdrücklich die Vermutung einer Schenkung oder konstitutiven Anerkennung bestimmt hat.

36) Auch das BGB. kennt das konstitutive Anerkenntnis. Vgl. §§ 781, 782 (779), 397 Abs. 2; dazu Mot. I p. 385, II p. 687 ff., Denkschr. p. 138 ff.

Digitized by Google

der Schuld geglaubt hat, oder das Nichtbestehen gekannt hat, kann es in der Zahlung nicht gefunden werden. Im letzteren Fall tritt jedoch die praesumtio juris et de jure der Schenkungsabsicht in Kraft.

Dass die gemeinrechtliche Präsumtion der Schenkung durch einen Vorbehalt bei der Zahlung, durch ein in continenti erfolgendes Bestreiten der Schuld beseitigt werden kann, folgt schon aus der Unmöglichkeit, bei solchem Vorbehalt anzunehmen, man wolle eine Nichtschuld bewusst zahlen.[37]) Wenn auch der mit Vorbehalt Zahlende wissen sollte, dass er nicht schuldet, so würde er doch seinen Willen, das Geld dann nur sine causa zu übereignen, deutlich zum Ausdruck gebracht haben.

Das ALR. bestimmt in § 165 ff. I 16[38]) ausdrücklich, dass alle jene erwähnten[39]) Präsumtionen nur bei vorbehaltsloser Zahlung in Anwendung kommen.

Hier zeigt sich also der Vorbehalt in einer weiteren Funktion: Nicht nur schliesst er das deklaratorische Anerkenntnis aus, sondern auch die Präsumtion des Schenkungs- oder konstitutiven Anerkenntniswillens.

Das BGB. hat die vom bisherigen Recht an die reine Zahlung geknüpften in das heutige Verkehrsleben nicht hineinpassenden Präsumtionen eliminiert und nur eine aufgenommn: nämlich die praesumtio juris et de jure, dass der wissentlich eine Nichtschuld Zahlende schenken,[40]) jedenfalls sich eines Rückforderungsrechts begeben wolle.[41]) Im Übrigen stellt es implicite[42]) sogar die einen Gegenbeweis natürlich nicht aus-

37) Vgl. Bähr a. a. O. p. 72 (§ 20), auch oben § 1 Note 31, 39 46—48, 50.

38) Ausschlaggebend sind die §§ 166, 178, nicht der § 165 (160): oben Note 29.

39) D. h. die auf das konstitutive Anerkenntnis und die Schenkung bezüglichen.

40) Vgl. z. B. Fischer-Henle, Komm. Note 2 zu § 814 BGB.

41) § 814. Dazu Mot. II p. 183 ff.

42) In den §§ 812 u. 814; vgl. Mot. z. 1. Entw. II p. 833; Achilles, Komm. Note zu § 814 BGB.; Meissner, R. der Schuldverhältn. Note 2 Abs. 2 z. § 814 BGB.; Buchka, Vergleich. Darstellung p. 153/154; Stölzel a. a. O. p. 98. Irrig Fischer-Henle a. a. O. Note 1, wo prinzipiell der Irrtumsbeweis von dem Kondizenten noch verlangt wird.

Digitized by Google

schliessende Vermutung auf, dass der den äusseren Umständen nach eine bestimmte, jedoch nicht bestehende Verbindlichkeit Zahlende diese Verbindlichkeit als bestehend ansah und wirklich nur sie zahlen, also nicht schenken oder konstitutiv anerkennen wolle. Es bedarf auch, wenn feststeht, dass der Zahlende trotz vorhandener Zweifel zahlte, noch des Beweises einer etwaigen eventuellen Schenkungs- oder konstitutiven Anerkenntnis-Absicht.

Hier könnte sich der Vorbehalt ausser gegen die Annahme des deklaratorischen Anerkenntnisses nur noch gegen jene eine praesumtio juris et de jure des § 814 BGB.[43]) richten, und sonst etwa noch insofern in Betracht kommen, als er den Beweis eines eventuellen Schenkungs- oder konstitutiven Anerkenntnis-Willens bei Zahlung trotz Zweifels am Bestehen der Schuld von vornherein abschneiden würde. Dies wären aber nur zufällige, nicht wesentliche Wirkungen des Vorbehalts. Denn die Zahlung mit Vorbehalt erfolgt keineswegs regelmässig trotz Kenntnis vom Nichtbestehen der Schuld, vielmehr, so oft sie nicht zur Vermeidung administrativer oder gerichlicher Zwangsvollstreckung stattfindet, fast stets bei Zweifel an ihrem Bestehen. Und der dann an sich mögliche Beweis der Vollziehung eines konstitutiven Anerkenntnisses kann wiederum auch durch andere Umstände von vornherein abgeschnitten werden. Als spezifische Wirkung des Vorbehalts kann daher nach dem BGB. nur der Ausschluss der Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses bezeichnet werden.

Das Ergebniss lautet demzufolge:

Der Vorbehalt bei der Zahlung hat den Sinn: „man zahle zwar, man bezweifle oder bestreite jedoch die Schuld, oder erkenne sie nicht an"; d. h. erstens regelmässig und wesentlich: man verwahre sich gegen den Schluss auf ein deklaratorisches Anerkenntnis; zweitens im gemeinen und preussischen Recht: man verwahre sich gegen die bei Nichtbestehen der Forderung eintretende einfache Präsumtion, dass trotz Kenntnis der Nichtschuld oder trotz Zweifels an der

43) Die, ihrem Grundgedanken nach, nur für denFall vorbehaltsloser Zahlung gelten kann

Digitized by Google

Schuld gezahlt sei, und gegen die aus solcher Zahlung geschöpfte unwiderlegliche Präsumtion der Schenkung bezw. konstitutiven Anerkennung; drittens nach dem BGB. möglicherweise: man verwahre sich gegen die praesumtio juris et de jure des § 814 BGB. und gegen eine etwaige Annahme der Möglichkeit eines konstitutiven Schuldanerkenntnisses.

Nur die erstere Verwahrung ist notwendig in dem der Zahlung zugefügten Vorbehalt enthalten, weil sich nur der erstere Schluss aus dem Wesen der Zahlung ergiebt. Die zweitgenannten Präsumtionen folgen nicht aus dem Begriff der Zahlung; sie ergänzen jenen Schluss für den Fall, dass die Unrichtigkeit des deklaratorischen Anerkenntnisses dargethan ist, und stehen daher völlig selbstständig neben diesem. Die an zweiter Stelle aufgeführten Verwahrungen können also nicht als wesentlich im Vorbehalte liegend angesehen werden. Das Nämliche trifft, wie schon hervorgehoben, für die an dritter Stelle erwähnten Verwahrungen zu. Bei Konstruktion der typischen Vorbehaltszahlung darf somit nicht von der Bähr'schen Anerkennungslehre[44]) ausgegangen werden.[45])

Nach alledem ist es zwar nicht erschöpfend, wenn man allgemein die Vorbehaltszahlung schlechthin als Zahlung ohne (deklaratorische) Schuldanerkennung der reinen Zahlung als der Zahlung mit (deklaratorischer) Schuldanerkennung gegenüberstellt; wohl aber trifft dies zu, wenn man nur die typische Vorbehaltszahlung betrachtet, d. h. wenn man die dem Vorbehalte bei der Zahlung wesentliche Wirkung ausschliesslich ins Auge fasst, was im Folgenden mit Rücksicht auf das künftige Reichsrecht der Regel nach geschehen soll.

Andererseits erhellt auch hieraus, dass die Vorbehaltszahlung nicht als Eventualzahlung[46]) oder als resolutiv-be-

44) Selbst wenn sie im Übrigen richtig wäre. Vgl. Stölzel a. a. O. p. 97/98.

45) Hieraus folgt die Unrichtigkeit aller der Konstruktionen, die in der Ablehnung der Präsumtion des konstitutiven Anerkenntnisses das Wesen des Vorbehalts erblicken (vgl. oben § 1 Note 31, 39, 46—48, 50).

46) Stölzel a. a. O. p. 109; auch Eccius, der zwar den unbedingten Charakter einer etwaigen Vorbehaltsaufrechnung (vgl. unten § 11), nicht aber der Vorbehaltszahlung erkennt (b. Gruchot 42 p. 34).

Digitized by Google

dingte Zahlung[47]) bezeichnet werden darf; denn sie ist nicht mehr und nicht weniger bedingt, wie jede vorbehaltslose Zahlung.

b) Ist der Vorbehalt bei der Zahlung eine protestatio facto contraria?

Mehrere Schriftsteller[48]) gestatten einen wirksamen Vorbehalt nur, wenn die Möglichkeit verschiedener Deutung der konkludenten Handlung vorliegt, und nur zu dem Zwecke, eine oder mehrere dieser möglichen Deutungen auszuschliessen. Wenn jedoch logische Notwendigkeit zu dem Schluss auf eine bestimmte Willenserklärung führe, biete ein gegen diesen Schluss gerichteter Vorbehalt den Fall einer wirkungslosen protestatio facto contraria. Hasenöhrl[49]) entgegengesetzt stimme ich dem durchaus bei.

Es kommt also noch darauf an, zu untersuchen, ob aus der Zahlung mit logischer Notwendigkeit ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis folgt. Dann wäre es trotz alledem unmöglich, dieses Anerkenntnis durch Vorbehalt zu eliminieren.

Auch eine reine Zahlung, d. h. das Rechtsgeschäft, das pure als Zahlung gewollt ist, ist nicht notwendig Zahlung; dann nämlich nicht, wenn keine Schuld bestand. Diese Möglichkeit wird von dem vorbehaltslos Zahlenden nicht massgebend ins Auge gefasst und hervorgehoben, wohl aber von dem mit Vorbehalt Zahlenden. Pure Zahlender ist derjenige, dessen Willen ausschliesslich auf Ausführueg einer Zahlung gerichtet ist. Würde er am Bestehen der Forderung zweifeln, so würde er am Vorliegen einer Rechtsbedingung für Vollziehung einer Zahlung zweifeln. Er würde also sich dessen bewusst sein, dass er möglicherweise sine causa übereignet, sein Wille würde diese Möglichkeit mitumfassen, also nicht ausschliesslich auf Zahlung gerichtet sein. Schon bei Vorhandensein eines nicht ausgedrückten Zweifels liegt darnach in der Zahlung in Wahrheit kein Schuldbekenntnis. Hier

47) Vgl. § 1.

48) Windscheid, Pand. § 72 Note 11; Unger, Österr. PrR. II p. 105 ff.

49) A. a. O. I (2. Aufl.) p. 676 Note 22.

Digitized by Google

greift jedoch der allgemeine Rechtsgrundsatz ein, nach dem nicht ausgedrückte Gedanken und Absichten (Mentalreservationen)[50] nicht zu berücksichtigen sind. Wer seinen Zweifel nicht in massgebender Form äussert, gilt als einer, der keinen Zweifel hat, als ein pure Zahlender.

Im Gegensatz hierzu rechnet der mit Vorbehalt Zahlende ausgesprochenermassen mit der Möglichkeit eines Mangels jener Rechtsbedingung; er behauptet sogar trotz Vollziehung desjenigen Rechtsaktes, welcher beim Vorliegen der Rechtsbedingung Zahlung ist, diesen Mangel; er will ausgesprochenermassen beim Fehlen der Rechtsbedingung das Geld sine causa übermachen; er will ausgesprochenermassen entweder zahlen oder nicht zahlen; ja, er bestreitet zu zahlen, er bestreitet, dass die Forderung besteht, dass also das Geld cum causa in das Vermögen des Empfängers übergeht, und behauptet vielmehr, dass es sine causa überantwortet werde. Ihm fehlt also der ausschliessliche Zahlungswille.

Das Facit ist: Unter einem vorbehaltslos Zahlenden versteht man eben gerade denjenigen, der am Vorliegen der Erfordernisse, der Rechtsbedingungen für die Vollziehung der Zahlung, zu denen auch das Bestehen der Forderung gehört, nicht zweifelt. Dass der vorbehaltslos Zahlende die Forderung deklaratorisch anerkennt, ist zwar keine Tautologie, jedoch eine logisch notwendige Schlussfolgerung aus dem Begriff der reinen Zahlung.[51] Dass aber ein reiner, aus-

50) Nicht ausgedrückt wäre der Gedanke: „Die Schuld besteht möglicherweise doch nicht"; die Absicht: „eventuell sine causa zu übereignen, nicht zu zahlen". Das deklaratorische Schuldbekenntnis, wie sein Ausschluss muss im vorliegenden Falle, obgleich an sich nur als Beweisgrund in Betracht kommend, bei seiner wichtigen, materiellrechtlichen Funktion (vgl. § 4) als Rechtsakt, rechtsgeschäftliche Willenserklärung angesehen werden (Schlesinger p. 137). Die Anwendbarkeit der Lehre von der Mentalreservation unterliegt somit keinem Zweifel. Ueber diese vgl. vorzüglich Enneccerus, Rechtsgeschäfte, p. 64, 68 Note 1, 98; auch Kohler b. Jhering 18 p. 335 ff. Sehr wichtig ist der Gesichtspunkt des Verkehrsinteresses für das Verständnis des hier fraglichen Grundsatzes: Bähr b. Jhering 14 p. 401 ff.; Bekker krit. VJSchr. 22 p. 51 ff.; ferner Enneccerus a. a. O. p. 72 ff. und dort cit.

51) Vgl. besonders scharf Schlesinger a. a. O. p. 203. Damit

Digitized by Google

schliesslicher Zahlungswille dann vorliegt, wenn Zweifel am Vorhandensein der Rechtsbedingungen in continenti in massgebender Form nicht geäussert werden, ist keineswegs ein wahrer Erfahrungsschluss, vielmehr eine aus zwingender Rechtsvorschrift (nicht massgebend geäusserte Gedanken und Absichten werden nicht beachtet) folgende Annahme, wenn man will, eine praesumtio juris et de jure. Der ohne Vorbehalt Zahlende wird nicht — bis zum Beweise des Gegenteils — als pure Zahlender vermutet, sondern unter allen Umständen vom Recht als solcher behandelt. — Die Gedankenkette lautet:

Rechtsgrundsatz: Mentalreservationen werden nicht berücksichtigt.

Folgerung: wer also Geld übereignet in der ausgedrückten Absicht, damit eine Schuld zu zahlen, wird jedenfalls so behandelt, als ob diese Absicht seine ausschliessliche wäre; als ob sie seinen Willensinhalt vollständig erschöpfe (d. h. er pure zahlen wolle). Hat sein Wille ausschliesslich das Ziel der Schuldtilgung, so können auch seine Gedanken ausschliesslich die Erreichung dieses Zieles als den Erfolg des Rechtsgeschäfts im Auge haben; sie müssen also auch an dem Vorliegen der Voraussetzungen für die Erreichung dieses Erfolges ausgehen; zu den Voraussetzungen einer Schuldtilgung gehört das Bestehen der Schuld (logische und Rechtsbedingung). Also gehen die Gedanken vom Bestehen der Schuld aus; d. h. aber: der vorbehaltslos Zahlende hat die Überzeugung vom Bestehen der Schuld und drückt sie durch vorbehaltslose Zahlung aus.

Rechnet man die Anerkennung der Forderung nicht zu den wesentlichen Bestandteilen des Zahlungsgeschäfts, so lässt sich der Erfolg der Zahlung nicht einzig durch solche reine Zahlung erreichen, sondern auch auf andere Weise z. B. durch Zahlung mit Vorbehalt. Versteht man dagegen unter

---

ist auch Hasenöhrl a. a. O. p. 675 insofern genügt, als er, die Handlung, die dem Schlusse als Grundlage dienen soll, nach den begleitenden Umständen aufzufassen, vorschreibt (hier: in dem Sinne, dass pure gezahlt sei), aber verlangt, dass sich der Schluss auf die stillschweigende Willens- (oder Wissens-)erklärung aus der solchergestalt aufgefassten Handlung mit Denknotwendigkeit ergebe (hier: dass der pure Zahlende deklaratorisch anerkenne).

Digitized by Google

reiner Zahlung die Zahlung schlechthin, so ist ein Vorbehalt, der die Schuldanerkennung ausschlösse, bei der „Zahlung“ nicht möglich, und büsst die Bezeichnung „Vorbehaltszahlung“ ihre Richtigkeit ein, wenngleich sie als approximativ und eingebürgert beibehalten werden mag. Die ganze Frage präzisiert sich daher im Grunde als Definitionsfrage, und zwar dahin: ist nur reine Zahlung, d. h. Zahlung mit ausschliesslicher Schuldtilgungsabsicht Zahlung, oder umfasst der Begriff der „Zahlung“ auch das Rechtsgeschäft, bei dem ein solcher ausschliesslicher Schuldtilgungwille nicht vorhanden ist. Im ersten Falle ist Zahlung mit Vorbehalt überhaupt keine Zahlung, im letzten Falle muss sie als solche gelten. Im letzten Falle stellt sich der Vorbehalt keinesfalls als protestatio facto contraria dar, im ersten Falle nur dann, wenn die Vollziehung solcher ein Anerkenntnis einschliessender Zahlung gewollt ist.[52])

Diese Definitionsfrage wird erst später zu erörtern sein. Doch sei noch bemerkt, dass die Möglichkeit eines Rechtsgeschäftes, welches der reinen Zahlung im übrigen gleicht, nur keine Schuldanerkennung ausdrückt, also einer sogen. „Zahlung mit Vorbehalt“, durch die etwaige Annahme, dass ein solches Rechtsgeschäft keine „Zahlung“ sei, nicht berührt wird und auch bisher von keiner Seite bestritten ist.

c) Rechtliche Natur des Vorbehalts.

In welche Kategorie der juristischen Thatsachen gehört der Vorbehalt?

Wenn aus einem bestimmten Sachverhalt auf das Vorhandensein eines besonders geeigenschafteten Willens geschlossen wird, so liegt auf der Hand, dass dieser Schluss darum nicht aus einem wesentlich anders gearteten Sachverhalt hergeleitet werden darf. Aus einer vorbehaltslosen Zahlung (im oben dargelegten Sinne) folgt notwendig ein deklaratorisches Schuldbekenntnis. Diese Folgerung würde an sich wie entsprechend bei allen „stillschweigenden Willenserklärungen“,

52) In ganz ähnlicher Weise löst sich der Streit, ob in den von Windscheid (§ 72 Note 11) und Unger (II p. 106 Note 10) angeführten Fällen angeblich logisch notwendiger Schlussfolgerung ein Vorbehalt zulässig und wirksam ist.

Digitized by Google

ausgeschlossen werden durch jedweden Umstand, aus dem der Mangel eines deklaratorischen Anerkenntnisses erhellt, z. B. durch Äusserungen gegenüber dritten Personen.[53]) Da der Ausschluss jedoch eine Handlung mit unmittelbaren und wichtigen materiellen Rechtswirkungen für den Zahlungsempfänger darstellt,[54]) so fordert man mit Recht, dass er durch eine Willenserklärung gegenüber dem davon Betroffenen, dem Zahlungsempfänger ausgesprochen wird. Nach dem Grundsatz der Unwirksamkeit von Mentalreservationen muss diese Willlenserklärung in continenti, bei dem Zahlungakt selbst, vollzogen werden.

Irgend ein Grund, der die Notwendigkeit ihrer Annahme ergäbe, ist nicht erfindlich. Ist doch auch die Annahme einer Protestation (z. B. gegen den Ablanf der Verjährungsfrist) nicht nötig. Giebt es doch zahlreiche Präsumtionen, die unstreitig durch einseitige Willenserklärungen entkräftet werden (vgl. z. B. den Vorbehalt bei einer Annahme mit Vorbehalt).[55]) Auch aus der Notwendigkeit einer Annahme der Vorbehaltszahlung kann ein Abweichendes nicht gefolgert werden.[56]) Wenn überhaupt eine Vorbehaltszahlung angenommen wird, wird natürlich sie, nicht aber eine Zahlung ohne Vorbehalt angenommen, d. h. der Empfänger weiss, dass er eine Zahlung ohne Schuldanerkenntnis erhält. Diese Annahme macht den Vorbehalt aber seiner Natur nach nicht erst wirksam, sie ist in Rücksicht auf ihn rechtlich unerheblich, kein Rechtsakt, sondern nur ein Wissensvorgang. Man darf den Vorbehalt

---

53) „Sind die äusseren Umstände derart, dass dadurch der Schluss von der Handlung auf den Erklärungswillen erschüttert wird, so kann die Handlung nicht als stillschweigende Willenserklärung gelten. Zu solchen Umständen gehören insbesondere Protestationen, ausdrückliche Erklärungen, durch welche sich verwahrt wird, dass in einer gleichzeitigen oder nachfolgenden Handlung die stillschweigende Erklärung eines gewissen Willens gesehen werde": Hasenöhrl a. a. O. Ueber den Begriff der Protestation nach Hasenöhrl s. oben Note 12.

54) Vgl. § 4.

55) ROH. 1 p. 167; 13 p. 266; Betzinger a. a. O. p. 348; BGB. § 363.

56) Wie z. B. ROH. 5 p. 154, 155 und Neisser a. a. O. p. 278 ff. thun.

Digitized by Google

auch nicht als eine dem Tilgungswillen zugefügte Nebenbestimmung in dem von Scheurl[57]) besonders klar definierten Sinne betrachten. Denn er beschränkt oder ergänzt diesen Willen keineswegs.[58]) Die reine Zahlung setzt sich zusammen aus der Geldübereignung, dem gleichzeitigen Tilgungsvertrag und dem deklaratorischen Anerkenntnis. So wenig das letztere ein Vertrag[59]) ist,[60]) so wenig ist der Vorbehalt ein solcher.[61]) Es wäre pervers, der Weigerung zur Abgabe einer einseitigen Willenserklärung Vertragsnatur beizumessen. Der Vorbehalt ist aber eine solche Weigerung![62])

Offenbar ist er ein einseitiges Rechtsgeschäft,[63]) u. zw.

---

57) Nebenbestimmungen p. 2 ff., 85.

58) Er zeigt nur, dass der Zahlende ausser dem Tilgungswillen, den er ebenso unbedingt besitzt, wie der pure Zahlende, noch den Willen hegt, eventuell sine causa zu übereignen.

59) Vgl. bes. Puchta, Kl. civ. Schr. p. 610/611.

60) Wenngleich ein Rechtsgeschäft, vgl. Note 50. Möglich wäre es an sich, einen Vertrag über das Anerkenntnis, einen Beweisvertrag anzunehmen, vgl. oben § 2 Note 20.

61) Die Einseitigkeit gerade des hier in Betracht kommenden, in der Zahlung enthaltenen Anerkenntnisses (Eccius b. Gruchot p. 28/29) schneidet der Deduktion Neisser's (p. 278), der Vorbehalt müsse deshalb zweiseitig sein, weil die Zahlung ein durchaus von der Willensbestimmung der Parteien beherrschtes Rechtsgeschäft sei, die Wurzel ab. Der Vorbehalt ist der der Anerkennung entgegengesetzte Rechtsakt; er betrifft das nämliche Gebiet des Willens und der Rechtswirkung, wie diese, blos in der negativen, nicht wie dieses, in der positiven Richtung; und auf diesem Gebiet ist der Zahler einseitig zu verfügen im Stande. Alle, die das deklaratorische Anerkenntnis erkannt haben (vor allem Bähr, Schlesinger, Windscheid) müssen, wenn sie in seinem Ausschluss das Wesen des Vorbehalts erblicken, den letzteren als einseitiges Rechtsgeschäft auffassen.

62) Auch in der Funktion einer Ausschliessung der auf Schenkung oder konstitutives Anerkenntnis gerichteten Präsumtion bleibt der Vorbehalt einseitiger Rechtsakt, obwohl diese präsumirten Rechtsgeschäfte Verträge sind. Die Partei gestaltet durch ihr Verhalten den Sachverhalt derart, dass die Herleitung der Präsumtion unmöglich wird. Auch die Ablehnung des Abschlusses eines zweiseitigen Geschäftes kann nicht Vertrag sein. Höchstens eine solche Ablehnung aber kann man, wenn man sich nicht mit der Auffassung im Sinne eines Ausschlusses der Präsumtion begnügen will, in dem Vorbehalt erblicken.

63) Vgl. oben Note 50.

Digitized by Google

eine „empfangsbedürftige Willenserklärung“ im Sinne Zitelmann's.[64])

d) Die Beweislast im Rückforderungsprozesse.

Noch eine wichtige Frage ist hier zu erörtern: die Frage der Beweislast im Rückforderungsprozesse. Dass ein Irrtumsbeweis, dessen die condictio indebiti bedarf, hier nicht erforderlich ist, wurde oben schon dargelegt; desgleichen, dass eine Präsumtion für das Bestehen der Schuld hier nicht eingreift. Um so klarer zeigt sich die prinzipale Bedeutsamkeit jener Frage.

Mit wenigen Ausnahmen[65]) bürdet Theorie und Praxis dem Beklagten[66]) den Beweis des Bestehens der angeblich gezahlten Forderung, nicht dem Kläger den Beweis ihres Nichtbestehens auf.

Zur Begründung dieser Annahme kann aber weder die Konstruktion des Vorbehaltes im Sinne einer wahren Resolutivbedingung,[67]) noch die im Sinne eines Vertrags über die Rückzahlung für den Fall des Nichtbestehens der Forderung[68]) dienen. Denn in beiden Fällen müsste normaler-

64) Die Rechtsgeschäfte im Entw. e. BGB. I p. 23.

65) Witte, Bereicherungsklagen (1859) p. 103; RG. 7 p. 182 ff.; letzterem folgend Rönne, Ergänz. II Note 7a zu §§ 160—165 ALR. h. t.; Herausgeber von Koch's Komm. Note 66 zu § 161 ALR. h. t.; Rehbein und Reincke, Komm. (4. Aufl.) Note 83 zu § 160 ALR. h. t.

66) So vor allem StrA. 58 p. 348, 353; Förster-Eccius, PrPrR. (7. Aufl.) I p. 575 Note 79: Neisser a. a. O. p. 291 ff.; RG. 26 p. 55/56; 30 p. 174/175; b. Bolze I Nr. 1752; II Nr. 1616; Stölzel a. a. O. bes. p. 103, 117.

67) Von der besonders Eccius, Neisser und Stölzel a. a. O. wenigstens unter anderem auch ausgehen (vgl. oben §§ 1 und 2).

68) Wenn Neisser p. 289 ff. als Fundament der Rückforderungsklage den Vorbehaltsvertrag bezeichnet, so kann er damit nicht wohl den angeblichen auf Ausschliessung der Präklusivwirkung der Zahlung gerichteten Vertrag meinen. Denn dieser Vertrag könnte nur zur Begründung dessen dienen, dass ausnahmsweise die Zurückforderung des indebitum ohne die Erschwerung der condictio indebiti gestattet wäre; das Fundament bliebe: Zahlung eines indebitum, oder allgemein (vgl. unten bei Note 113): eine Vermögensverschiebung; wenn man der üblichen, inkorrekten Begrenzung des Klaggrundes folgen will: Vorbehaltszahlung einer Nichtschuld (im Gegensatz zur reinen Zahlung einer Nichtschuld).

Digitized by Google

weise dem Kläger der Beweis des Nichtbestehens zufallen, was von dem RG. in einer viel [69]) angegriffenen Entscheidung [70]) durchaus konsequent aus jener ersteren, noch von Stölzel vielfach und auch z. T. von Neisser und Eccius trotz sonstigen Widerspruchs vertretenen Auffassung gefolgert ist.

Der gleiche Grund verbietet es, das Schema der normalen condictio indebiti oder sine causa zum Ausgangspunkt zu wählen.

Fasst man das Problem ins Auge, so erhellt zunächst, dass mit der Theorie, die das Thatsachenmaterial in rechtserzeugende Thatsachen einerseits und rechtshindernde bezw. rechtsvernichtende Thatsachen andererseits einteilt und den Beweis der ersteren dem Kläger, der letzteren dem Beklagten auferlegt, [71]) hier nichts zu erreichen ist. Von ihr werden gerade solche Thatsachen als rechtshindernd bezeichnet, die logisch genau so gut in ihrer Negative als rechtserzeugende aufgefasst werden könnten, [72]) deren Beweis aber dem Beklagten [73])

Augenscheinlich schwebt Neisser hier als Fundament die sonst von ihm reprobierte Auffassung des Vorbehalts als Vertrag über Zurückzahlung vor.

69) Z. B. von Neisser p. 295, Eccius und Stölzel a. a. O.

70) Bd. 7 p. 184. — Es ist hier nicht an die Ansichten gedacht, nach denen schon die Geltendmachung des Vorbehalts, aber wiederum nur resolutiv-bedingt, resolviert; dass dann das Ergebnis ein anderes wäre, siehe § 2 (p. 22). Wenn Neisser auf seinem Scheine besteht (p. 295) und dem RG. vorhält, nicht das Nichtbestehen der Schuld, sondern das Sichergeben der Nichtschuld u. s. w. sei ja zur Bedingung gesetzt, so hat sich schon oben p. 10 ff. gezeigt, dass eine solche Bedingung gleichfalls den Zahler von der Beweispflicht nicht entbinden könnte und sich auch geradezu als Unmöglichkeit darstellt.

71) Z. B. Maxen, Beweisl.; Wetzell, CivPr. § 15 ff.; Dernburg, Pand. I § 157; Mot. zur CPO. p. 201 ff.; RG. 9 p. 339; Reinhold, Lehre v. d. Klaggr. § 6 ff., bei Busch 20 p. 141 (die rechtserzeugende Thatsachen sind [abgesehen natürlich von der negativen Feststellungsklage] dem Kläger die rechtshindernden und -vernichtenden, dem Beklagten „günstig"); Daubenspeck, Refer. u. Vot. p. 76/77 (5. Aufl.).

72) Vgl. Maxen, Beweisl. p. 14, 15.

73) Richtiger: dem aus dem geltend gemachten Anspruch oder Rechtsverhältnis Verpflichteten; denn die prozessuale Parteirolle an sich ist auf die Beweislast einflusslos: RG. 9 p. 339, 341.

Digitized by Google

obliegt: diese Bezeichnungen sind mithin gerade erst aus der Beweislastlehre geschöpft.[74]) Die Frage ist hier eben: ob das Bestehen der Forderung als eine „rechtshindernde" oder das Nichtbestehen der Forderung als eine „rechtserzeugende" Thatsache anzusehen ist;[75]) die Erkenntnis des Kriteriums zur Unterscheidung dieser beiden Thatsachenarten erscheint als Kernpunkt der Beweislastlehre.

Aus der nämlichen Ursache kann mit den Kategorieen der negativen oder positiven Voraussetzungen des Klageanspruchs[76]) nichts angefangen werden.[77])

Auch bei diesem Punkte geht man am zweckmässigsten von der l. 25 D. 22, 3 aus.[78])

Sie folgert zutreffend aus der in der Zahlung liegenden, erfahrungsgemäss auf gründlicher Überlegung basierten deklaratorischen Anerkennung, dass eine Präsumtion[79]) für das Bestehen der Forderung spreche, und diese Präsumtion allein führt sie als Grund für die Beweispflicht des Klägers an,[80]) woraus sich sogleich ergiebt, dass nach Ansicht der l. cit. beim Wegfall jener Präsumtion ein Grund für die Beweispflicht des Klägers nicht mehr bestehen, und diese Pflicht dem Beklagten obliegen würde. In Wahrheit spricht denn auch der § 1 unseres Fragments aus, dass in den Fällen, wo die Annahme genauer Überlegung bei der Zahlung nicht zutrifft, wo also die eine Voraussetzung jener Präsumtion[81]) nicht vor-

---

74) Vgl. Reinhold, L. v. d. Klaggr. p. 26.

75) Vgl. Burckhard, Präsumtionen p. 152. Das Letztere nimmt z. B. RG. 7 p. 184 an.

76) Die Neisser p. 301 heranzieht.

77) Vgl. Betzinger p. 301/302.

78) Die Litteratur hierzu ist zusammengestellt bei Vangerow, Pand. § 625 Note 2; Arndts, Pand. Note 8 zu § 341; Windscheid, a. a. O. Note 19–27; Dernburg, Pand. II § 141 Note 31.

79) Rechtsvermutung! Vgl. oben Note 14, 16.

80) So auch Windscheid a. a. O. Note 19; Fitting b. Busch 13 p. 69; Neisser p. 296; siehe ferner l. 25 § 4 D. 22,3.

81) Die Präsumtion gründet sich auf 3 Schlüsse: a. wer pure zahlt, erkennt deklaratorisch an (unwiderleglich); b. es wird nur nach reiflicher Überlegung gezahlt; c. die nach solcher reiflicher Überlegung gewonnene

Digitized by Google

liegt und mithin diese letztere nicht Platz greift, den Beklagten[82]) die Beweislast bezüglich des Bestehens der Forderung trifft.[83]) In diesen Fällen liegt immer noch ein deklaratorisches Anerkenntnis vor. Wie viel mehr muss die Beweislast dem Beklagten dann zufallen, wenn selbst ein solches Anerkenntnis fehlt, wie bei der Zahlung mit Vorbehalt!

Auch Windscheid,[84]) Dernburg,[85]) Demolombe,[86])

Überzeugung vom Bestehen der Schuld wird regelmässig begründet sein. Auch die Präsumtion zu b. ist unwiderleglich: in überstürztem Zahlen würde ein Verschulden zu finden sein. Dass aber die Römer sie als einen Bestandteil der Grundlage für jene Hauptpräsumtion erkannt haben, erhellt eben aus dem § 1 der l. cit. Auch in diesem Punkte wurde Bähr (§ 23) durch seine irrige Grundansicht an der richtigen Auffassung verhindert. Der Grundsatz des § 1 cit. ist ein allgemeiner, er muss auch im Preuss. R. gelten. A. A. Förster, Theorie u. Praxis, § 150 Anm. 55 u. 73; Eccius in Förster-Eccius, PrPrR. § 150 Note 73; Dernburg, PrPrR. II § 289 Note 23. Schlesinger p. 56 wird durch seine irrtümliche Auffassung von Klaggrund und Beweislast bei der condictio indebiti, nach der hier ein Stück des Klaggrundes präsumiert würde, dazu veranlasst, die §§ 1 u. 2 cit. für geradezu widersinnig zu erklären.

82) Weshalb der Beweis beim Fehlen einer Präsumtion dem Beklagten obliegt, darüber giebt die l. cit. freilich keine Auskunft.

83) Lehrreich ist auch der im pr. l. cit. erörterte Fall, in dem der geleugnete Geldempfang erwiesen ist. Ich halte es für irrig, hier eine aufgehobene Leugnungsstrafe anzunehmen, wie z. B. Eccius a. a. O. will; augenscheinlich ist das ungerechtfertigte Leugnen des Zahlungsempfangs ein starkes Argument für die Nichtexistenz der Schuld, durch das die Vermutung für die Existenz, die aus dem deklaratorischen Anerkenntnis fliesst, wohl entkräftet werden kann. Auch dieser Satz gilt daher allgemein. Vgl. Bähr p. 73; Vangerow, Pand. § 625 Note 2; Arndts, Pand. § 341 Note 6; Windscheid § 426 u. Note 20 dazu; Dernburg, Pand. II § 141 u. Note 33, sowie dort cit. für das gem. R.; für das preuss. R. Förster a. a. O. für, Eccius, Dernburg. PrPrR. a. a. O. und Mot. z. BGB. 1. Entw. II p. 833 gegen die Geltung. — Die Auslegung, die Pfizer b. Busch 21 p. 375 dem pr. angedeihen lässt, fällt mit seiner Theorie von der Unzulässigkeit widersprechender, wenn auch nicht gleichzeitiger Anführungen, in sich zusammen (vgl. hier § 8 bei Note 27).

84) Voraussetzung p. 189 ff., Pand. § 426 Note 19.

85) Pand. II § 141 Nr. 4d.

86) A. a. O. p. 63.

Digitized by Google

Fitting,[87]) Reinhold,[88]) Betzinger[89]) und vielleicht auch Stölzel[90]) finden den Grund der regelmässigen Beweispflicht des Klägers in dem deklaratorischen Schuldanerkenntnis[91])[92]). Auch für sie ergiebt sich die gleiche Folgerung für die Rückforderung einer Vorbehaltszahlung.[93])[94])[95])

87) Bei Busch 13 p. 69, zustimmend zu der Begründung der l. 25 cit.

88) Lehre v. d. Klaggr. p. 111/112.

89) A. a. O. p. 367 ff.

90) Vgl. oben Note 17. Ferner Puchta, Kl. civ. Schr. p. 610/611; RG. 30 p. 174.

91) Dies folgt nach Windscheid, Pand. a. a. O., aus der „Natur der Sache". Als Grund für die prinzipale Beweispflicht des Zahlungsempfängers, die Fitting a. a. O. z. B. ohne Motivierung als selbstverständlich hinstellt, giebt Windscheid an, dass nach dem Recht der Voraussetzung den Empfänger an und für sich der Beweis der Voraussetzung treffe. Das geht nicht in die Tiefe und bietet nicht mehr als eine neue These, die streitig (vgl. die unten in Note 95 cit.) und zu beweisen wäre, aber m. E. nicht bewiesen ist.

92) Auch Bähr spricht a. a. O. p. 68 aus, schon das in der reinen Zahlung liegende deklaratorische Anerkenntnis könne die Folge haben, dass der Kondizent erst (Gegen-) Beweis wider die Schuld zu führen habe. Nach ihm folgt aber die Beweispflicht des Kondizenten in Wahrheit aus dem Umstande, dass in der Zahlung stets ein konstitutives Anerkenntnis liege, das nur gleich anderen Rechtsgeschäften angefochten werden könne. Der Beweis der Nichtexistenz der Schuld stellt sich darnach nur als ein Teil des erforderlichen Irrtumsbeweises dar (p. 76). Gegen die Voraussetzung dieser Deduktion ist schon das Nötige bemerkt (Note 24; vgl. noch Windscheid, Pand. § 426 Note 14 a. E. und dort cit.). p. 76 ff. statuiert B. einen wesentlichen Unterschied zwischen dem Beweise der Nichtschuld, den der Kondizent nach seiner Theorie führen muss, und dem (Gegen-) Beweise gegen die Annahme der Schuldexistenz, der dem Kondizenten obliegen würde, falls nur das deklaratorische Anerkenntnis den Zahlungsempfänger vom Beweise befreie. Zu Unrecht, denn es greift, wie Bähr p. 77 verkennt, auch bei nur deklaratorischem Anerkenntnis eine praesumtio juris für das Bestehen der Forderung Platz (vgl. oben Note 14 u. 16, auch § 2 Note 19 a. E. u. § 292 der neuen CPO.)

93) Vgl. RG. 30 p. 174.

94) Nach Windscheid a. a. O. Note 27, dem sich Reinhold, L. v. d. Klaggr. p. 115 anschliesst, sind die von ihm für die condictio indebiti „aus der Natur der Sache" abgeleiteten Grundsätze, in jedem Falle anzuwenden, wo wegen Ermangelung einer auf die Gegenwart oder Vergangenheit gestellten Voraussetzung zurückgefordert wird.

95) Grundsätzlich abweichender Ansicht über die Ursache der

Digitized by Google

Ein weiterer verwandter Fall liegt vor, wenn ob causam futuram geleistet, der Eintritt der causa schon entschieden ist, und Rückleistung wegen Nichteintrittes verlangt wird. Nach überwiegender und richtiger Ansicht muss hier der Beklagte, der das Geleistete behalten will, den Eintritt der causa beweisen, nicht der Kläger ihren Nichteintritt.[96]) Windscheid[97]) begründet dies damit, die „Voraussetzung" sei ein der Willenserklärung inhärierendes Element, durch welches der definitive Bestand der gewollten Vermögungszuwendung von einer gewissen Gestaltung der Zukunft abhängig gemacht werde (nach Art der aufschiebenden Bedingung). Dernburg[98]) führt entsprechend als Hauptgrund für diese Beweislastverteilung an, dass die Vermögensübertragung nur beim Eintritt der Voraussetzung gerechtfertigt ist, also wenn dieser nicht bewiesen wird, ungerechtfertigt erscheint. Was aber von einer Leistung ob futuram causam gilt, muss caeteris paribus, d. h. sofern nicht durch ein in dieser Leistung liegendes Anerkenntnis die Beweislast verschoben wird, auch gelten bei einer Leistung ob praesentem causam, also auch bei der Zahlung mit Vorbehalt.[99])

Beweispflicht des Kondizenten ausser Bähr z. B. Schlesinger a. a. O. p. 31 ff.; Erxleben, die Kond. sine causa 2. Abt. p. 499 ff.; Witte, Bereicherungskl. p. 160 ff.; Spaltenstein, das spez. jurist. Gesch. p. 102 ff. Nach diesen allen ist die Beweispflicht des Kondizenten eine prinzipale. — Bei dieser Auffassung ist allerdings die Beweispflicht des Empfängers der Vorbehaltszahlung schwerlich zu rechtfertigen.

96) So Windscheid, Voraussetz. a. a. O., Pand. § 429 u. Note 2 das., Krit. V. J. Schr. 1 p. 121 ff.; Bähr a. a. O. p. 64 und Note 11; Gerber, Beitr. z. L. v. Klaggr. p. 125 ff., bes. 130 ff. (gegen Windscheid's Begründung aus der Analogie der Suspensivbedingung und Erxleben's [a. a. O.] Bekämpfung durch die Analogie der Resolutivbedingung), p. 138 ff., 144 ff.; Maxen a. a. O. p. 254 ff.; Wetzell, CPr. § 15 Note 17; Dernburg, Pand. II § 142 u. Note 16 das., PrPrR. II § 291 u. Note 11 das.; Reinhold, L. v. d. Klaggr. p. 115 ff.; RG. 5 p. 26; 14 p. 225 ff. u. dort cit. Für das BGB. ferner Fischer-Henle, Komm. Note 9 zu § 812. Dagegen ausser Erxleben a. a. O. die bei Windscheid, Pand. a. a. O. cit. und ferner Förster-Eccius a. a. O. § 150 Note 98 a. A. Die verschiedenen Ansichten s. b. Schlesinger p. 209 ff.

97) A. a. O.; ihm folgt Reinhold.

98) A. a. O.

99) Vgl. Windscheid, Pand. Note 19 u. 27 zu § 426.

Digitized by Google

Endlich sind anzuführen die Fälle erzwungener oder sonst in widerrechtlicher Form herbeigeführter Vermögensverschiebung. Auch hier vermag die Art des Erwerbs eine Vermutung für das Bestehen eines etwa vom Erwerber behaupteten Rechtes nicht zu begründen. Der zurückfordernde Kläger hat nur den Beweis des Zwangs oder der sonstigen widerrechtlichen Form des Erwerbs zu erbringen, wogegen dem Beklagten der Nachweis der etwaigen Forderung obliegt.[100]) Ganz entsprechend vermag die Form des Erwerbs durch Zahlung mit Vorbehalt keine Präsumtion für das Bestehen der Schuld zu erzeugen.[101]) [102])

Eine theoretische Begründung[103]) für die Beweispflichtigkeit des Beklagten bei Rückforderung einer Vorbehaltszahlung dürfte folgendes liefern:

Zwei Fundamentalsätze der Lehre von der Beweislast lauten:

a) Eine bestehende Vermögenslage muss solange als zu Recht bestehend betrachtet werden, bis das Gegenteil feststeht; d. h. für die Rechtmässigkeit der bestehenden Vermögenslage spricht eine Vermutung.[104])

b) Veränderungen in der Rechtslage werden nicht ver-

---

100) l. 12 § 2; 23 § 1 D. 4,2. Dernburg, Pand. I § 103; Betzinger p. 349; über die a. quod met. c.: ROH. 8 p. 174; RG. 17 p. 214; Stölzel p. 98, 104. Das Pr. R. weicht ab: Dernburg, PrPrR. I § 112. Vgl. BGB. § 123.

101) Auch der Fall einer mangelhaften Leistung ist hier heranzuziehen. Ist Abnahme erfolgt, so hat der Empfänger, anderenfalls der Leistende den Mangel, bezw. die Vertragsmässigkeit zu beweisen (vgl. die oben Note 55 cit., Hasenöhrl, Österr. ObIR. II p. 399 u. BGB. § 363).

102) Die Auffassung des Wesens der causa, wie sie sich z. B. bei Förster-Eccius, PrPrR. § 150 (6. Aufl. II p. 472/473, 475) findet, führt zum gleichen Resultat bezüglich der Beweislast bei Vorbehaltszahlung.

103) Neisser's Deduktion p. 291 ff. beschränkt sich im Wesentlichen darauf, praktische Erwägungen für die Beweispflicht des Empfängers anzurufen; desgl. p. 299 ff. Vortrefflich sind vielfach die Bemerkungen p. 296 ff., wo indes bei Betrachtung der Bähr'schen Lehre nicht zwischen deklaratorischem und konstitutivem Anerkenntnis geschieden wird.

104) ALR. I 7 § 179. Ein Analogieschluss im Sinne Betzinger's p. 291 ff. Diese wie auch die zweite Regel wurzelt, um Dernburg's (PrPrR. I § 128) Worte zu gebrauchen, in der Erfahrung, die lehrt, „unter

Digitized by Google

mutet, oder präziser (nach Betzinger[105]) aus dem Satz vom zureichenden Grunde zu folgern): es spricht sogar eine Vermutung für das Fortbestehen einer einmal begründeten Rechtslage.[106])

Beide Präsumtionen[107]) sind rechtspolitisch und rechtsphilosophisch überaus wichtig. Auf die erstere gründet sich die Notwendigkeit des Angriffs und des Beweises der Rechtmässigkeit dieses Angriffs für jeden, der eine Veränderung des durch solche Präsumtion geschützten Zustandes herbeiführen will.[108])

welchen Voraussetzungen man in dem Durchschnitt der Fälle historische Thatsachen als wahr annehmen darf oder muss". — Vgl. den Satz: „quaelibet possessio praesumitur juste adquisita" und dagegen Weber, Verbindl. zur Beweisführ. (2. Aufl.) p. 95 ff., dafür Heffter das. p. 289.

105) p. 290. Diese Auffassung ist indes nicht annehmbar. Für das Fortbestehen des Entstandenen spricht ein logischer Grund überhaupt nicht; es kann sich, selbst wenn man mit Reinhold, L. v. d. Klaggr. die Verhandlungsmaxime, d. h. den Satz „quod non est in actis" u. s. w., zu Hülfe rufen will, nur um einen Erfahrungsgrund handeln, der zur Präsumtion geführt hat. Vortrefflich Weber a. a. O. p. 159 ff.; Heffter a. a. O. p. 274 ff.; Bethmann-Hollweg, Versuche p. 345 ff. Vgl. Note 107.

106) Nach Schneider, Vollständ. L. v. Bew. § 15 („realbejahende" und „realverneinende" Sätze) u. Fitting (b. Busch 13 p. 18 ff., 60) wird auch die Fortdauer von thatsächlichen Zuständen vermutet. Dagegen mit Recht Reinhold b. Busch 20 p. 14 ff. Vgl. aber Rehbein u. Reincke, Komm. Note 61 zu § 154 I 7 ALR a. E.; auch Dernburg, Pand. I § 159 Note 5.

107) Obwohl nicht ausdrücklich gesetzlich anerkannt, liegen diese Präsumtionen unserem gesamten Prozessverfahren doch derart zu Grunde, dass sie zweifelsohne als Rechtsvermutungen (vgl. oben Note 92) anzusehen sind. Mit z. T. verlockenden Gründen bekämpfen z. B. Gerber, Beitr. z. L. v. Klaggr. p. 14 ff.; Maxen a. a. O. p. 53 ff., 109 ff.; Reinhold, L. v. d. Klaggr. p. 62 ff., 65, die Annahme solcher allgemeiner „Vermutungen" als überflüssig oder logisch unrichtig oder dem Begriff der Vermutung widersprechend. Besonders richten sich diese Angriffe gegen die zu b angeführte Vermutung. Sie sind verfehlt. Das „quod non est in actis non est in mundo" reicht nicht aus zu erklären, weshalb nicht der Kläger, wenn der Beklagte den Untergang des Rechts behauptet, den Fortbestand desselben bestreitet, den Beweis für den Nichtuntergang, für den Fortbestand zu erbringen hat. Dass der Richter trotz jenes Bestreitens den Fortbestand annehmen kann und muss, lässt sich durch die Verhandlungsmaxime allein nicht erklären. Dem Resultat nach stimmen übrigens die genannten Schriftsteller mit der hier vertretenen Ansicht überein. Vgl. unten Note 119.

108) ALR. I 7 § 180.

Digitized by Google

Eine entsprechende Präsumtion spricht aber für die Rechtmässigkeit eines jeden früheren Zustandes, also, dass dieser dem jetzigen Zustande gegenüber sogleich als der vermutlich rechtmässige angesehen wird, wenn ausreichende Umstände dargethan sind, die die Präsumtion für die Rechtmässigkeit des jetzigen Zustandes entkräften; und ein solcher Umstand ist der Vorbehalt bei der Zahlung.

Die Fortdauer jeder[109]) einmal begründeten Rechtslage wird vermutet. Eine Veränderung der Rechtslage muss aber der Vermögensverschiebung zu Grunde liegen, wenn sie cum causa erfolgt ist. So lange, als eine solche Veränderung nicht erwiesen wird, so lange gilt die Verschiebung als sine causa erfolgt.[110]) Nun spricht ja eine Vermutung für die Rechtmässigkeit des thatsächlich Bestehenden, und aus der Zahlung folgt eine weitere Präsumtion für das Bestehen der Forderung; beide Präsumtionen sind indessen gerade durch den Vorbehalt ausgeschlossen; er bewirkt, dass der frühere Vermögenszustand noch als der präsumtiv richtige angesehen, die durch ihn thatsächlich ausgedrückte Rechtslage als fortbestehend vermutet wird.

Man betrachte die rei vindicatio. Der Kläger behauptet und beweist einen Erwerbstitel, d. h. dass sein Eigentumsrecht an der vindizierten Sache entstanden ist. Sache des Beklagten bleibt es, den Untergang dieses Rechtes seinerseits nachzuweisen. Steht fest, dass er die Sache vom Kläger auf Grund eines prima-facie Erwerbsgeschäftes erhalten hat, so ist ein Anerkenntnis der Rechtmässigkeit der neuen Vermögenslage von letzterem abgegeben, und spricht mithin eine Vermutung[111]) für diese Rechtmässigkeit, die der Kläger nunmehr zu entkräften hat: aber einzig aus diesem Grunde würde ihm hier der Beweis der Nicht-Rechtsbeständigkeit jenes Rechtsgeschäfts obliegen. Genau so bei der reinen Zahlung. Das Geld gehört dem Kläger; jetzt hat es der Beklagte: damit

109) Vgl. Schneider a. a. O. ALR. I 7 § 184; 15 § 34 in Verb. mit I 7 § 179 ff.

110) Dies ist wohl auch der Grundgedanke der Note 91 cit. und überhaupt aller, die prinzipale Beweispflicht des Empfängers annehmen.

111) Auch diese Vermutung hat als Rechtsvermutung zu gelten, und zwar aus den gleichen Gründen, wie oben Note 107 angeführt.

Digitized by Google

wäre die Rückzahlungspflicht des Beklagten an sich begründet.[112]) Aber das Geld ist durch Zahlung in das Vermögen des Beklagten gekommen! Nur aus diesem Grunde hat der Kläger das Nichtbestehen der Forderung darzuthun.

Man formuliert am Besten: Ist erwiesen, dass vor dem bestehenden Zustande derjenige bestand, den der Kläger wieder herbeizuführen sucht, so hat der Kläger damit zunächst die für den bestehenden Zustand sprechende Vermutung entkräftet und die Entstehung seines Rechtes (auch bei den Kondiktionen)[113]) dargethan d. h. eine Vermutung für die Rechtmässigkeit des früheren Zustandes gewonnen. Zur Substanziierung seines Verlangens, insbesondere zur Darlegung der Passivlegitimation wird er freilich regelmässig die Umstände, durch die das Zurückgeforderte in das Vermögen des Beklagten gelangt ist, vorbringen müssen; andernfalls wird der Beklagte diese Umstände in den Prozess einführen. Ergeben sie wiederum eine Vermutung für die Rechtmässigkeit der Vermögensverschiebung und folgeweise des bestehenden Zustandes, so folgt daraus, aber erst daraus die Pflicht des Klägers, das Fehlen der Rechtmässigkeit zu erweisen. Die Zahlung mit Anerkennung ist ein solcher Umstand, die Vorbehaltszahlung hingegen nicht: also findet nur beim Vorliegen der ersteren, wie Betzinger[114]) sich ausdrückt, eine Verschiebung der Beweislast[115]) statt, im Falle der letzteren verbleibt sie bei dem Beklagten.

Zu dem gleichen Resultat führt Betzinger's[116]) in vielen Punkten übereinstimmende Lehre, nach der „jede Partei

---

112) Auch Windscheid, Voraussetzung p. 189 ff., Bähr p. 64 ff. bürden prinzipiell dem Kondiktionsbeklagten die Beweislast bezüglich der objektiven Existenz der causa auf. Dazu bes. Schlesinger p. 31 Note 14 und p. 52.

113) Die also sämtlich den gleichen Klagegrund (Übergang eines Vermögensbestandteils vom Kondizenten auf den Empfänger) aufweisen

114) p. 363 ff.

115) Verwandt spricht RG. 30 p. 174 (26 p. 56) von einer durch die in der Zahlung liegende Anerkennung bewirkten „Änderung" der Beweislast; vgl. auch die „Umkehrung" der Beweislast bei Daubenspeck, Ref. u. Votum p. 77 (5. Aufl.).

116) A. a. O. p. 297 ff. (294 ff.).

Digitized by Google

die ihr vorteilhaften (einführungs- und) beweisbedürftigen, prozesserheblichen Thatbestandsmerkmale (einzuführen und bezw.) zu beweisen hat, widrigenfalls dieselben unberücksichtigt bleiben", und nach der „vorteilhaft für Jeden die Merkmale derjenigen materiellrechtlichen Norm oder Gegennorm sind, deren Rechtswirkung seinen Sachantrag deckt", beweisbedürftig aber nur diejenigen, für die nicht bereits eine Präsumtion u. s. w. spricht.

Nach Betzinger's Schematismus[117]) würde man sagen:

Ausgangsnorm ist: Wenn aus dem Vermögen des Einen in dasjenige des Andern etwas gekommen ist, so ist es zurückzugeben.

Gegennorm: Wenn es aber cum causa in das Vermögen des Anderen gekommen ist, so braucht es nicht erstattet zu werden.

Präsumtion: Wenn es gezahlt ist, so spricht die Vermutung dafür, dass es cum causa in das Vermögen des Anderen gekommen ist; deshalb hat im Falle der Zahlung der Kläger, der Zahlende, das Fehlen der causa zu erweisen.

Wo solche Präsumtion nicht gegeben ist, wie bei einer Vorbehaltszahlung, trifft nach der Regel die Beweislast für die Gegennorm den Beklagten.

Nunmehr lässt sich auch die Theorie, welche den Unterschied zwischen den rechtsbegründenden und rechtshindernden Thatsachen für die Beweislast entscheiden lässt, auf unseren Fall anwenden.[118]) Aber man beachte stets, dass diese, wie die vorerwähnte Theorie erst dann ein endgültiges und klares Resultat ergiebt, wenn man nach den

---

117) A. a. O. p. 250 ff.

118) Es ist das Kriterium zur Unterscheidung von rechtserzeugenden und rechtshindernden Thatsachen gefunden. Wo man diese Theorie angewendet findet, wird der Thatbestand regelmässig, da man jene grundlegenden Präsumtionen in ihrer Bedeutung verkennt, zu wenig zergliedert, und ein ganzer Komplex von Thatsachen, die erst infolge widriger Präsumtionen erheblich werden, in den Klagegrund gezogen (z. B. bei condictio indebiti: entschuldbar irrtümliche Zahlung einer Nichtschuld, während korrekt die nackte Thatsache der Vermögensverschiebung den primitiven Klagegrund bildet, und erst nach dem Einwande, bezw. der eignen, zur Substanziierung nötigen Anführung des Klägers, dass

Digitized by Google

oben aufgeführten Grundregeln festgestellt hat, welche Bedeutung jeder Umstand besitzt, welche Präsumtionen durch den Beweis jedes Umstandes ausgelöst werden und welche Umstände darnach als vorteilhaft für jede der Parteien und beweisbedürftig oder als rechtsbegründend bezw. rechtshindernd anzusehen sind.[119])

Zur Verdeutlichung obiger Auffassung sei noch Folgendes bemerkt.

Der mit Vorbehalt Zahlende behauptet in continenti Fortbestand der vor Begründung seiner angeblichen Zahlungs-

---

gezahlt sei, der Beweis der Nichtschuld und des Irrtums wegen der nun eingreifenden Präsumtionen zu erbringen ist). Vgl. z. B. Reinhold a. a. O. p. 139. Daher auch die ausserordentliche Schwierigkeit für die Meisten, im vorliegenden Falle die Beweispflicht des Beklagten zu erklären.

119) Eine verwandte Direktive wie Betzinger sucht zu geben z. B. Fitting (b. Busch 13 p. 43 ff.), nach dem Kläger die „wirkenden", Beklagter die „gegenwirkenden" Rechtssätze („Ausgangsnormen" und „Gegennormen" Betzinger's) in ihren thatsächlichen Voraussetzungen erforderlichenfalls zu beweisen hat. Maxen a. a. O. p. 113 stellt die „Regel des Rechts" der „Ausnahmebestimmung" gegenüber, aus der ersteren die rechtserzeugenden, aus der letzteren die rechtshindernden Thatsachen bestimmend. Bei Reinhold, L. v. d. Klaggr. p. 38 wird das Gleiche mit „allgemeinem" und „speziellem Rechtssatz" bezeichnet (über Klage- und Einredesyllogismus vortrefflich das. p. 31 ff.) Desgl. gehört hierher die — zur Bestimmung der Ausgangs- und Gegennormen dienende — Auffassung, nach der die ganze Rechtsordnung als ein Grundstock von Normalregeln erscheint, beschränkt durch eine grosse Anzahl immer feiner sich verästelnder Ausnahmen (Fitting a. a. O. p. 48), und nach der überhaupt das „Verhältnis von Regel zur Ausnahme" für die Beweislastlehre grundlegend ist (Reinhold a. a. O. p. 37 ff. 54 ff. und die dort cit., auch bei Busch a. a. O. p. 142; schon vor Bethm.-Hollw. (Versuche p. 350 ff.), den Reinhold als den ältesten Vertreter dieser Ansicht nennt, hat Weber a. a. O. p. 168 (2. Aufl.) sie ausgesprochen; ferner findet sie sich sehr pointiert bei Maxen a. a. O. p. 113 ff.; auch bei Heffter zu Weber a. a. O. p. 275 ff., 278). — Wollte man von allen Präsumtionen absehen, so ergäbe sich für den Kläger regelmässig die Notwendigkeit, das Vorhandensein aller Voraussetzungen für die Entstehung und das Fortbestehen des Klaganspruchs zu erweisen; vgl. Wetzell a. a. O; Gerber a. a. O. p. 11; Reinhold, L. v. d. Klaggr. p. 30 ff.; b. Busch p. 140; Betzinger a. a. O. p. 277 ff. (disjunktive Urteilsform.)

Digitized by Google

verpflichtung bestehenden Rechtslage. Solange für eine Veränderung der faktischen Vermögenslage eine begründende Veränderung der Rechtslage nicht ersichtlich ist, bedarf die Behauptung einer solchen begründenden Veränderung des Beweises, u. zw. durch denjenigen, der aus solcher behaupteten Veränderung Rechte herleitet: und das ist der Empfänger der Vorbehaltszahlung.

Die Thatsache einer Zahlung mit Vorbehalt rechtfertigt den Rückforderungsanspruch des Zahlenden; sie besagt: es ist eine Vermögensverschiebung eingetreten, ohne das bislang eine causa dafür ersichtlich ist. Zwar ist nicht erwiesen, dass sie sine causa erfolgt ist; aber zunächst liegt kein Grund vor zu der Annahme, dass sie cum causa stattgefunden habe, eine Annahme, die anderenfalls der Zurückfordernde entkräften müsste.

Durch Zahlung mit Vorbehalt wird das Eigentum am Gelde übertragen. Aber die Übertragung des Eigentums ist nicht das Einzige, was in Betracht kommt: die Rechtmässigkeit des Eigentumserwerbs allein verleiht die Befugnis zum dauernden Behalten der übermachten Geldsumme. Aber gerade die Frage:

ob ein Recht auf die Zahlung bestand,
ob also die Vermögensvermehrung des Beklagten eine rechtmässige ist,

bleibt zufolge des Vorbehaltes auf dem nämlichen Fleck, wie vor der Übereignung des Geldes, d. h. unter den Parteien ungelöst. Also bleibt auch die Beweislast bezüglich dieser Frage, d. h. aber bezüglich des Bestehens der Forderung, auf demselben Fleck, wie vor der Übereignung des Geldes.

Kann hiernach die Beweispflicht des Beklagten mit Fug nicht angezweifelt werden, so bieten einen direkten Beweis für unsere Ansicht die §§ 563 Abs. 2 und 655 Abs. 2 CPO. Sie gehen davon aus, was dem praktischen Verstande von vornherein als selbstverständlich erscheint, dass nämlich durch Vorbehaltszahlung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einen vorläufig vollstreckbaren Urteil keine Umkehrung der Beweislast bezüglich der Klageforderung, sondern einzig insoweit eine Veränderung in dem obschwebenden Prozesse

Digitized by Google

eintritt, als nunmehr der Kläger zur Erstattung des Gezahlten zu verurteilen ist.

Ursache dieser Einwirkung oder vielmehr dieser Nichteinwirkung des Vorbehaltes auf die Beweislastverteilung ist einzig der durch den Vorbehalt vollzogene Ausschluss des deklaratorischen Anerkenntnisses, nicht etwa der Ausschluss etwaiger sonstiger gesetzlicher Vermutungen.

e) Wesen der Rückforderungsklage.

Nunmehr lässt sich auch die Frage beantworten, in welche Klagen-Kategorie die Rückforderungsklage einzureihen ist. Es kommen in erster Linie die condictio sine causa[120]) und die condictio indebiti[121]) in Betracht.[122])

Bei Zahlung mit Vorbehalt wird zum Zwecke der Schuldtilgung geleistet; es wird auch auf eine als bestehend vorausgesetzte Schuld geleistet; denn nur für den Fall des Bestehens dieser Schuld existiert überhaupt ein (Leistungs-) Zahlungswille: Die Übereinstimmung mit der condictio indebiti liegt klar zu Tage. Man könnte einwenden, bei Vorbehaltszahlung fehle beim Nichtbestehen der Schuld von vornherein der Zahlungswille; in diesem Falle sei eine Übereignung sine causa bei ihr von vornherein beabsichtigt, während bei reiner Zahlung der Zahlungswille unbeschränkt vorhanden sei. Dies ist jedoch nicht zutreffend. Auch der Wille des vorbehaltslos Zahlenden darf — soweit eben wirkliche Zahlung einer bestimmten Schuld, nicht Schenkung oder Zahlung auf eine neubegründete Anerkenntnisobligation in Frage steht — vernünftigerweise nur so aufgefasst werden, dass gezahlt sein soll, wenn Zahlung überhaupt möglich ist, wenn eine Forderung besteht.

Eine wichtige Differenz zwischen der betrachteten Rückforderungsklage und der normalen condictio indebiti besteht jedoch darin, dass bei ersterer nach vielen Rechten Irrtums-

120) Dafür z. B. ObTr. 16 p. 172; Rehbein Entsch. III p. 65 Note, Dernburg, PrPrR. II § 92; Stölzel p. 117.

121) Dafür z. B. Voigt, Über die cond. ob causam § 74 Note 562 (reservierte condictio indebiti); Dernburg, Pand. II § 141.

122) Nach Unterholzner, Schuldverh. II p. 25 liegt vor eine condictio quia causa fuit, quae finita est (?)

Digitized by Google

beweis erforderlich ist,[123]) und der nach allen Rechten sonst den Kläger treffende Beweis für das Bestehen der Verbindlichkeit dem Beklagten obliegt. Da die Quellen indes mehrere Fälle, die gerade in diesen Beziehungen der Rückforderungsklage gleichen, der condictio indebiti zuzählen,[124]) so würde man insofern mit der Rückforderungsklage unbedenklich das Gleiche thun können. Es ist aber weiter zu berücksichtigen, dass bei der condictio indebiti regelmässig eine Zahlung mit Schuldanerkennung vorausgesetzt ist, und dass es gegründetem Zweifel unterliegt, ob man auch eine Rückforderung nach Zahlung ohne Schuldanerkennung unter den Begriff dieser Klage rubrizieren darf.

Auch gegen die Unterordnung unter den Begriff der speziellen condictio sine causa spricht die verschiedenartige Behandlung der Beweislast. Wenngleich man vom Vorliegen einer condictio sine causa im weiteren Sinne wohl reden mag, so empfiehlt es sich doch, die Rückforderungsklage als selbständigen Typus selbständig zu behandeln[125]) und damit Irrtümern und Verwechselungen vorzubeugen.

Will man dennoch an der Auffassung im Sinne einer condictio indebiti oder sine causa festhalten, so darf man jedenfalls die wichtigen und, wie sich zeigen wird, keineswegs nur prozessualen Eigentümlichkeiten nie aus dem Auge lassen.

Zweites Kapitel.

Ist Zahlung mit Vorbehalt Erfüllung?

§ 4. Zahlung mit Vorbehalt ist keine Erfüllung.

a) Zahlung ist Übereignung von Geld zum Zwecke der Tilgung einer Schuld, also realer Übereignungsakt unter Abschluss eines Tilgungsvertrages;

123) Dass dieser bei der hier fraglichen Klage wegfällt, ist nach Stölzel a. a. O. entscheidend für das Nichtvorliegen einer condictio indebiti.

124) l. 25 pr. u. § 1 D. 22,3.

125) Wie auch von Dernburg, PrPrR. II § 290 geschieht (vgl. aber oben Note 120, 121).

Digitized by Google

b) die normale Zahlung enthält weiter ein deklaratorisches Anerkenntnis der Schuld, und endlich

c) wirkt — nach einigen Rechten — das sich äusserlich als Zahlung darstellende Geschäft für den Fall des Nichtbestehens der Schuld einer praesumtio juris dahin, dass man trotz Wissens von diesem Nicht-Bestehen oder trotz Zweifels am Bestehen gezahlt habe, aus welcher praesumtio juris wiederum die praesumtio juris et de jure für eine Schenkungs- oder aber konstitutive Anerkenntnisabsicht folgt.

Die Vorbehaltszahlung setzt den Zahlungsempfänger keineswegs bloss in den Besitz des Geldes,[1]) wie Eccius[2]) meint; sie überträgt es vielmehr zu Eigentum und, entsprechend der reinen Zahlung, für den Fall des Bestehens der Schuld zu dauerndem Behalten. Aber nur für den Fall des Bestehens der Schuld kann ja Zahlung gefordert werden! Auch die Vorbehaltszahlung ist Übereignung von Geld zum Zwecke der Tilgung einer Schuld. Dies ist freilich nicht ausschliesslich ihr Zweck; sie will eventuell auch Übereignung sine causa sein. Indes liegt hierin kein wesentlicher Unterschied von der reinen Zahlung, bei der der Zahlende eben nur von dem Bestehen der Schuld als von etwas Selbstverständlichem ausgeht, der Zahlungswille jedoch darum gerade ebenfalls nur für den Fall dieses Bestehens gesetzt ist.

Wohl aber fehlen der Zahlung mit Vorbehalt die beiden anderen oben aufgezählten Wirkungen der reinen Zahlung, weder ergiebt sie ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis, aus dem sich eine praesumtio juris für das Bestehen der Schuld herleitet, noch hat sie die übrigen aufgezählten einfachen oder unwiderleglichen Vermutungen im Gefolge.

Will man prüfen, ob Vorbehaltszahlung Zahlung und also Erfüllung ist,[3]) so muss man untersuchen, ob jenes dekla-

---

1) Sie überträgt auch nicht das Eigentum am Gelde blos resolutivbedingt (vgl. § 3 bei Note 7).

2) bei Gruchot 42 p. 31.

3) Dafür die allgemeine Ansicht: vgl. Stölzel p. 99: „Noch Niemand hat angezweifelt, dass eine mit solchem Vorbehalte geschehene, vom Gegner angenommene Geldhingabe eine Tilgung der betreffenden Forderung bewirke, dass darin das zweiseitige Rechtsgeschäft der „Zahlung" liege". Alles dies wird hier bezweifelt.

Digitized by Google

ratorische Schuldanerkenntnis und die Erzeugung jener Präsumtionen der Zahlung wesentlich sind, ob also die Übereignung des Geldes bei der Vorbehaltszahlung solvendi causa im technischen Sinne erfolgt; während es unrichtig wäre zu fragen,[4]) ob der Gläubiger ausser der Übereignung solvendi causa noch ein Schuldanerkenntnis beanspruchen könne.

Zuvörderst zu den unter c aufgezählten Präsumtionen. Ihr Erfolg ist, dass unter gewissen Umständen eine Schenkung oder Zahlung zur Erfüllung einer durch gleichzeitiges konstitutives Schuldanerkenntnis neugeschaffenen Forderung unwiderleglich angenommen wird. Dieser Erfolg hat mit der Tilgung einer bereits vorher bestehenden Schuld, zu deren Zweck äusserlich die Zahlung geschah, garnichts zu schaffen; im Gegenteil er tritt gerade dann ein, wenn die äusserlich hervorgehobene Zahlungsverbindlichkeit nicht bestand. Wer Zahlung einer Forderung verlangen darf, ist darum aber nicht berechtigt, Schenkung oder Neubegründung einer anderweiten Verbindlichkeit in gleicher Höhe zu fordern. Präsumtionen, die zu solchem Resultate führen, liegen ausserhalb des eigentlichen Zahlungszweckes, denn soweit sie eingreifen, liegt eine Zahlung jener Forderung unter allen Umständen nicht vor[5]); sie sind veranlasst einzig durch den Wunsch grösstmöglicher Stabilität der Vermögensverhältnisse:[6]) das wird vor allem bewiesen durch das BGB., dem diese Präsumtionen bis auf einen geringen Rest, der aber gleichfalls mit der Zahlung als solcher nichts zu thun hat, fremd sind.

Demzufolge muss eine Zahlung unter Verwahrung gegen die Vermutungen zu c alsZahlung, als Erfüllung angesehen werden.[7])

---

4) Wie Neisser p. 281 Note 7, und Stölzel a. a. O. thun.

5) Keine Zahlung, zu der bereits eine Verpflichtung bestand, und auch nicht nur Zahlung, da bei Schenkung und konstitutivem Anerkenntnis die zu tilgende Verbindlichkeit, die zu Grunde liegende causa, mit der Zahlung dieser Verbindlichkeit gleichzeitig erst geschaffen wird.

6) Vgl. Bähr a. a. O. p. 69 ff; Windscheid, Pand. Note 14 zu § 426 und dort cit.; Neisser p. 275 ff.

7) Nur den Ausschluss des konstitutiven Anerkenntnisses hat augenscheinlich RG. 7 p. 183 ff. im Auge; denn es bürdet dem Kondi-

Digitized by Google

Sie wäre durch folgende Sätze zu charakterisieren: Ich zahle und erkenne — deklaratorisch — das Bestehen der Schuld an; denn ich bin davon überzeugt. Sollte die Verbindlichkeit jedoch trotzdem nicht bestehen, so verwahre ich mich gegen die Vermutung, als hätte ich darum gewusst oder an ihrem Bestehen gezweifelt und dennoch gezahlt, und desgleichen gegen die hieraus hergeleitete Vermutung eines Schenkungs- oder konstitutiven Anerkennungswillens. Würde wissentliche Zahlung einer Nichtschuld nachgewiesen, so würde natürlich trotz jener Verwahrung sowohl nach gemeinem, wie nach preussischem, wie nach künftigem Reichsrecht die Zurückforderung zulässig sein.[8])

Ganz anders liegt es mit dem deklaratorischen Anerkenntnis.

„Zahlung macht Friede" lautet ein deutsches Rechtssprichwort,[9]) d. h. Zahlung bezweckt definitive Abwickelung der Rechtsbeziehungen, die sich aus der zu tilgenden Obligation ergeben.[10]) Eine Zahlung, bei der gerade die wichtigste Frage, nämlich die Frage der Rechtsbeständigkeit der Forderung, ungelöst bleibt, macht nicht Frieden, sodern provoziert Streit.[11])

Der Schuldner hat „dasjenige, darzu er sich rechtmessiglich verpflichtet hat, ehrbarlich und uffrichtig zu halten und zu vollziehen".[12]) Zur Erfüllung ist erforderlich, „dass der Gläubiger auf sein Forderungsrecht gerade das erhalten habe, was er zu fordern hat."[13]) „Und zwar gilt dies sowohl für

---

zenten die Beweislast auf (vgl. auch oben § 1 Note 39 und unten § 5 bei Note 100). Dann liesse sich gegen die Annahmepflicht und den Erfüllungscharakter nichts einwenden; dann wäre aber ein Vorbehalt nach dem BGB. nahezu überflüssig.

8) Vgl. oben § 3 Note 43.

9) Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichw. Nr. 82.

10) Vgl. Neisser p. 275 ff.

11) Wer das „Frieden machen" der Zahlung für so wesentlich hält, wie Neisser p. 275, müsste folgerecht der Zahlung mit Vorbehalt Erfüllungscharakter absprechen.

12) Nassau-Catzenelnbogische Landordnung von 1616 I Cap. 16 § 6 (cit. b. Gruchot, Zahlung p. 113).

13) Windscheid, Pand. § 342 Nr. 1.

Digitized by Google

das äusserliche körperliche Objekt der Leistung, als für das juristische und seine Intensität.“ [14])

Jede Obligation hat eine gewisse Vermögensverschiebung zum Ziele. Das Mittel, diese Verschiebung auszuführen, ist die Erfüllung. Zweckt die Obligation auf Leistung einer Geldsumme ab, so soll der Gläubiger derart Eigentümer der Summe werden, als ob er von vornherein deren Eigentümer gewesen wäre.

Es ist eine höchst wichtige und materiell-rechtliche Seite der Eigentumsposition,[15]) dass man anderen gegenüber sein Recht nicht zu verteidigen braucht, sondern den Angriff erwarten darf. Ein Eigentum, mit dem es anders stände, das von jeder beliebigen Person ohne jeden Grund mit der Wirkung in Anspruch genommen werden könnte, dass der Eigentümer sein Recht beweisen müsste, wäre kaum einen Pfifferling wert. Schon die faktische Eigentumsposition hat die Rechtsfolge, dass man bis zum Beweise des Gegenteils als Eigentümer behandelt wird; um wie vielmehr muss sie der zu gewährenden rechtlichen Eigentumsposition innewohnen. Und genau wie bei der Eigentumsposition steht es bei jeder Rechtsposition. Man könnte formulieren: Der Besitz des Rechts habe zur Folge, dass man nur von demjenigen verdrängt werden kann, der sein Recht darthut. Dieser Besitz fehle demjenigen, dessen Recht ohne Beweispflicht angegriffen werden kann. Es dürfte mit Fug nicht bestritten werden, dass dieser Besitz einen sehr wesentlichen Teil jeder Rechtsposition bildet.

Ist eine bestimmte Rechtsposition vertragsmässig zu verschaffen, so ist auch dieser Teil der Rechtsposition zu gewähren. Das Mittel hierzu ist aber das bei der Erfüllung vollzogene deklaratorische Anerkenntnis der zu tilgenden Forderung d. i. der neu geschaffenen Vermögenslage.

---

14) Keller, Pand. § 268; vgl. Donell, de jure civ. 16, 10; auch Hasenöhrl II p. 381; Ryck, L. v. d. Schuldverh. (1883—1889) p. 478.

15) Dernburg, Pand. I § 224 bezeichnet es als den wichtigsten Ausfluss der Position des Besitzers gegenüber dem vindizierenden Eigentümer, dass dieser sein Eigentum nachweisen muss. — Die „wertvollen Rechtspositionen“, die der Besitz gewährt, werden in den Mot. z. BGB. 1. Entw. II p. 830 betont.

Digitized by Google

Dieses Anerkenntnis erweist sich darnach als keineswegs nur deklaratorisch, es ist insofern konstitutiv, materieller Rechtsakt, als es die Intensität des übertragenen Rechts erheblich vermehrt,[16]) als es den „Besitz“ des Rechtes in dem oben gebrauchten Sinne überträgt.[17]) Es ist mithin auch keineswegs von der Erfüllung beliebig trennbar, sondern ein Teil derselben. Die Erfüllung ohne Anerkenntnis ist unvollständige Erfüllung.[18])

Der Empfänger der Vorbehaltszahlung besitzt nicht die volle Eigentumsposition. Der Zahler braucht nur zu behaupten der Empfänger habe kein Recht zum Gelderwerb besessen, und dieser kann den darauf gestützten Angriff nicht mehr in Verteidigungsstellung erwarten, sondern muss selbst angreifend vorgehen. Nirgend ist eine Ausnahme dahin bestimmt, dass bei einer auf Zahlung gerichteten Obligation die Rechtsposition nur beschränkt übertragen zu werden brauche. Und wer würde im praktischen Leben einräumen wollen, dass er befriedigt, dass erfüllt sei, wenn ihm zwar die geschuldete Geldsumme übereignet ist, er aber jeden Augenblick von dem Zahler bei Androhung des Verlustes der gezahlten Summe zum Beweise seines Rechtes genötigt werden kann. Der Hinweis[19]) auf die condictio indebiti, die auch bei vorbehaltsloser Zahlung gegeben ist, kann dagegen nichts verschlagen, und es bleibt bei dem Resultate: Vorbehaltszahlung ist keine wahre Zahlung, keine vollständige Erfüllung.

---

16) In minderem Masse gilt das von jedem aussergerichtlichen Geständnis, das in dem Bewusstsein abgelegt wird, damit dem Gegner einen Beweisgrund in die Hand zu geben; vgl. Schlesinger p. 137: ein rechtlicher Willensakt „ist ohne Zweifel dann stets vorhanden, wenn Jemand absichtlich eine Handlung vornimmt, von der er weiss, dass sie auf seine rechtliche Lage einen bestimmten Einfluss ausübt“.

17) Alle, die die Beweislast als einen Ausfluss des materiellen Rechtes ansehen und die einen Beweisvertrag zulassen (vgl. oben § 2 Note 19 u. 20), müssen zu dem gleichen Ergebnisse gelangen. Ferner fasst z. B. Neisser p. 285 den Unterschied in der Wirkung von reiner und Vorbehaltszahlung durchaus materiell-rechtlich.

18) Nach Schlesinger a. a. O. p. 52 ist „die Sache“ (Schuld) mit der Zahlung dann „nicht erledigt“, wenn der mit der Kondiktion Belangte die objektive Existenz der causa zu beweisen habe.

19) Stölzel p. 100.

Digitized by Google

Dies ist die materiellrechtliche Grundlage der oben dargelegten Beweislastverteilung im Rückforderungsprozess.

Nach alledem wäre es verfehlt, in der Verweigerung der Schuldanerkennung einzig das Berühmen eines Rückforderungsrechtes zu sehen, gegen das eine Feststellungsklage helfen könnte[20]). Ein blosses Berühmen könnte den Zahlungsempfänger, befände er sich in der vollen Eigentümerposition, der Regel nach kalt lassen. Hier handelt es sich um eine bedeutsame Verschlimmerung der Rechtsposition, die durch ein Berühmen niemals herbeigeführt werden könnte, also um etwas von Grund aus Verschiedenes. Durch eine Feststellungsklage würde auch der Mangel der Rechtsposition nie genau ausgeglichen, wennschon das Feststellungsurteil andererseits weit grössere Vorteile bietet, als die einfache Schuldanerkennung. Sie erzwingt niemals direkt Erfüllung, d. h. Leistung der Anerkennung, sondern erreicht indirekt, dass die günstige Position des Zahlers ihren Wert verliert; nicht die vorenthaltene Präsumtion, der vorenthaltene Rechts„besitz" wird durch sie erstritten, sondern eine rechtskräftige Feststellung des früheren Bestehens der Forderung oder des Nichtbestehens eines Rückforderungsrechtes; es wird kein Anerkenntnis des Zahlenden erwirkt, sondern ein richterlicher Ausspruch.

Dass der hier eingenommene Standpunkt auch von den Gesetzen vertreten wird, lässt sich an mancherlei Umständen erhärten.

Man braucht nicht auf die vielfach,[21]) und auch im BGB.[22]) getroffene Bestimmung zurückzugreifen, nach der die Leistung so zu bewirken ist, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, obwohl auch diese Bestimmung sich in mancher Hinsicht wohl verwerten liesse.

---

20) Das. p. 103; vgl. unten Note 43. Die res judicata bezeichnet Bähr p. 279 als ein „Surrogat der Anerkennung"; desgl. OLG. Wolfenbüttel in Seuff. A. 31 p. 9; vgl. aber bes. Degenkolb, Einlassungszw. p. 132 ff., 168 ff.; Plósz, Beitr. p. 165 ff.; Wach, Feststellungsanspr. p. 7 ff., 26; Schmidt, Klagänder. p. 197.

21) Vgl. die bei Gruchot, Zahlung p. 113 ff. cit.

22) § 242.

Digitized by Google

Höchst wichtig aber ist es, dass gemeines,[23]) preussisches,[24]) französisches[25]) und künftiges Reichs-Recht[26]) übereinstimmend[27]) den Gläubiger nicht nur zur Ausstellung einer Quittung über die empfangene Zahlung, sondern auch zur Zurückgabe des etwaigen Schuldscheins verpflichten. Nur das preussische Landrecht[28]) hat den Fall einer Aufnahme des Vorbehalts in die Quittung vorgesehen. Die Zurückgabe des Schuldscheines von dem Empfänger einer Vorbehaltszahlung verlangen, hiesse ihm zumuten, sein eignes Grab zu graben: verbleibt doch die Beweislast bezüglich der Forderung bei ihm! Gemeines,[29]) preussisches,[30]) wie französisches Recht[31]) (und viele andere Rechte)[32]) knüpfen sogar an die Zurückgabe der Schuldurkunde die Vermutung der Schuldtilgung, eine Vorschrift der sich allerdings das BGB.[33]) nicht angeschlossen hat. Einen Fall, in dem der Gläubiger trotz Zahlung (Erfüllung) zu dieser Zurückgabe nicht gehalten ist, kennt aber weder das gemeine Recht, noch das ALR., noch der Code civil, noch das BGB. Also muss angenommen werden, dass alle diese Rechte die Vorbehaltszahlung als Erfüllung nicht ansehen. Dass aus § 164 I 16 ALR. das Gegenteil nicht folgt, wird sich im nächsten Paragraphen zeigen.

Weiter sprechen für uns das Institut der vorläufigen Vollstreckbarkeit und seine Behandlung in der CPO., insbesondere die schon einmal herangezogenen §§ 563 und 655

---

23) l. 2 Cod. 4,9 (bezüglich des Instruments); Gruchot a. a. O. p. 186 ff.: Windscheid, Pand. II § 344 a. E. u. Note 8; Arndts Pand. § 262; Ryck, Schuldverh. p. 476.

24) ALR. I 16 §§ 86, 125. Dazu Dernburg, PrPrR. II § 96.

25) Der C. c. selbst enthält keine Bestimmung; vgl. aber Zachariae-Crome, Franz. Civilrecht (8. Aufl.) II § 300 Note 1 und dort cit.

26) BGB. §§ 368, 371; Mot. z. 1. Entw. II p. 88 ff.

27) Vgl. ferner die bei Gruchot p. 186 ff. cit. Gesetzgebungen.

28) I 16 § 161; dazu Förster-Eccius, PrPrR. I p. 576 (7. Aufl.)

29) l. 24 D. 22,3; l. 2 § 1 D. 2,14; Windscheid a. a. O. Note 5; Gruchot a. a. O. p. 206 ff.

30) ALR. I 16 § 97 ff.; Dernburg, PrPrR. II §§ 96, 97.

31) C. c. Art. 1282.

32) Vgl. die bei Gruchot a. a. O. und in Mot. z. 1. Entw. BGB. II p. 91 Note 1 cit.

33) Vgl. Mot. z. 1. Entw. II p. 91.

Digitized by Google

Abs. 2 CPO. (§§ 600 und 717 Abs. 2 der Neufassung), die gerade denjenigen Fall der Vorbehaltszahlung im Auge haben, den Stölzel wohl mit Recht als den häufigsten bezeichnet: Wäre Zahlung mit Vorbehalt Erfüllung, so müsste der Prozess ohne Weiteres beendet sein. Statt dessen wird kraft positiver Bestimmung noch über die Rechtsfrage, d. i. über den bei Vorbehaltszahlung vorenthaltenen Teil der Rechtsposition, (daneben über die Rückzahlung) entschieden,[34]) was vollauf beweist, dass der Klageanspruch durch die Vorbehaltszahlung noch nicht für getilgt erachtet wird.[35]) Muss aber nicht das Gleiche zutreffen, wenn mit Vorbehalt gezahlt wird, ehe ein vollstreckbares Urteil ergangen ist, und schliesslich wenn ein Zahlungsprozess garnicht anhängig ist?

Man beachte ferner, dass das Erkenntnis in einem Zahlungsprozesse niemals auf Verurteilung zu Vorbehaltszahlung, sondern auf Zahlung schlechthin geht; dass man aber doch das zu fordern berechtigt sein muss, was man eventuell auch im Prozesswege zu erstreiten vermag; dass also wohl oder übel davon ausgegangen werden muss: vorbehaltslose Zahlung ist in obligatione.

Ganz offensichtlich zeigt sich die Unmöglichkeit, in Vorbehaltszahlung Erfüllung zu sehen, nach den Theorien, die den Vorbehalt als wahre Resolutivbedingung oder als Vertrag konstruieren. Resolutivbedingung bedeutet eine Beschränkung sei es des Willens selbst, sei es der gewollten Wirkung. Resolutiv-bedingte Zahlung ist und bleibt eine unvollkommene Zahlung — wer Zahlung fordern darf, braucht sich solche Beschränkung nicht gefallen zu lassen.[36]) Wenn im vorliegenden Fall dennoch — wegen der Eigentümlichkeit der gesetzlichen Bedingung — eine Einschränkung der Leistung über das zulässige Mass hinaus nicht vorliegen würde, so rührt dies nur

34) A. A. jetzt Stölzel b. Busch 24 p. 98.

35) Hierzu Näheres in § 6 bei Note 3.

36) Vgl. l. 55 D. 46,3; Römer, Beitr. p. 32. Dass bei nackter Verpflichtung zur Verschaffung eines Vermögensvorteils dieser Vorteil unwiderruflich verschafft werden muss, ist klar und allgemein anerkannt. Resolviert die Geltendmachung des Rückforderungsrechtes die Zahlung, so liegt Widerruflichkeit vor; ob diese Resolvierung selbst wieder resolutiv-bedingt ist, bleibt hierbei gleichgültig.

Digitized by Google

daher, dass in Wahrheit keine Resolutivbedingung, sondern eben eine condicio juris vorliegt. — Ist aber der Vorbehalt ein Vertrag, so würde gleichzeitig mit der Zahlung auch der Vorbehaltsvertrag zum Abschluss angeboten werden, u. zw. derart, dass nur beide Offerten zusammen oder keine angenommen werden könnte. Die Nötigung zum Abschluss des Vorbehalts-Vertrages bedeutet aber Nötigung zu einer Willensbeschränkung. Auch hier wird also nicht reine Zahlung angeboten, sondern Zahlung unter gleichzeitiger Willensbeschränkung des Empfängers. Die Abhängigkeit, in die das Zahlungsangebot von dem Begehr dieser Willensbeschränkung gesetzt ist, raubt ihm den Charakter des reinen Erfüllungsangebots, der vollzogenen Zahlung den Charakter der reinen Zahlung.

Einen merkwürdigen Standpunkt nimmt Eccius[37]) und wie es scheint, auch Bähr[38]) ein. Beide leugnen, wie hier geschieht,[39]) die Verpflichtung zur Annahme einer Vorbehaltszahlung, d. h. der mora creditoris bei Annahmeverweigerung. Dennoch behaupten sie, dass die Forderung bei Annahme der Vorbehaltszahlung getilgt werde. Darnach wäre also die Vorbehaltszahlung zwar Erfüllung, ohne dass doch Annahmepflicht bestände.

Dem kann nur sehr bedingt zugestimmt werden.

Es mag zugegeben werden, dass der Gläubiger oft genug die Zahlung mit Vorbehalt als Erfüllung[40]) annimmt,[41]) — dann ist die Forderung getilgt. Er kann sie

37) bei Gruchot p. 31/32.

38) A. a. O. p. 72/73.

39) § 5.

40) D. h. als Erfüllung „wissend, dass sein Forderungsrecht auf eine Leistung dieses Inhaltes nicht gehe" (Windscheid, Pand. § 342 Note 9); vgl. Römer a. a. O. p. 28 ff. (nimmt ein konstitutives Anerkenntnis der Vertragsmässigkeit der Erfüllung an); Hasenöhrl a. a. O. II p. 293. Es liegt Leistung an Erfüllungsstatt vor, deren Hingabe und Annahme stets eine Novation der ursprünglichen Obligation einschliessen muss; denn die ursprüngliche Obligation ist nicht erfüllt (vgl. Compensationsvollz. p. 4/5). Diese unausweichliche Konsequenz dürfte auch im Grunde Römer a. a. O. u. p. 20 ff. vorgeschwebt haben. Irrig Mot. z. BGB. II p. 82.

41) Die Leistung an Erfüllungsstatt behandelt BGB. § 364 Abs. 1; über die Novation enthält es keine besonderen Bestimmungen: vgl. Mot. II p. 78.

Digitized by Google

aber sehr wohl auch derart annehmen, dass er sich sein Recht auf Gewährung des vorenthaltenen Restes der ihm gebührenden Rechtsposition vorbehält: und so wird die Annahme aufzufassen sein, falls keine abweichende Absicht aus den Umständen erhellt. Giebt man zu, dass ein deklaratorisches Anerkenntnis gefordert werden kann, und erblickt man in einem solchen Anerkenntnis einen Rechtsakt von weittragender materiell-rechtlicher Wirkung, so kann an der Möglichkeit, jenen Rest der Rechtsposition selbständig im Klagewege zu erstreiten, nicht gezweifelt werden[42])[43]). Eine Klage auf Abgabe des deklaratorischen Anerkenntnisses (Leistungsklage) würde zu diesem Ziele führen, das freilich, wenn auch auf Umwegen, vermittels einer Klage auf Feststellung sei es des einstigen Bestehens der Forderung, sei es des Nichtbestehens eines Rückforderungsrechtes im Wesentlichen gleichfalls erreicht werden könnte. Die CPO. stellt sich für den Fall, dass im Prozesse auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils mit Vorbehalt gezahlt ist, unzweideutig auf diesen unseren Standpunkt[44]).

§ 5. Erzeugt die Zurückweisung einer Zahlung mit Vorbehalt mora creditoris?

Einzig bei Nichtannahme angebotener Erfüllung tritt mora creditoris, Annahmeverzug, ein; ist Vorbehaltszahlung keine Erfüllung, so ist auch der Gläubiger zu ihrer Annahme — unter dem Präjudiz der mora creditoris — nicht gehalten: das ist ein unanfechtbarer Schluss.

Bei der näheren Betrachtung der uns hier beschäftigenden

---

42) „Aliquid juri rei deest" (l. 27 D. 46,3); vgl. Römer p. 12 ff.

43) Vgl. jetzt auch Stölzel b. Busch 24 p. 86, 88 ff., 122 ff., der indes meint, wer im Anspruch auf Zahlung den Anspruch auf Zahlung mit Schuldanerkennung erblickt, behaupte damit, in der Klage auf Verurteilung zur Zahlung liege gleichzeitig eine Klage auf Feststellung des Bestandenhabens der Forderung. Der Anspruch auf Schuldanerkennung wird aber durch Leistungs-, nicht Feststellungsklage geltend gemacht. Stölzel darf also keineswegs sagen, jeder, der der hier vertretenen Theorie huldige, müsse folgerecht — mit geringer Modifikation — seiner Ansicht beitreten. Vgl. oben p. 67.

44) Vgl. oben p. 68/69 und unten § 6 bei Note 8.

Digitized by Google

Frage muss geschieden werden zwischen Vorbehaltszahlung, die zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung (auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urteils) oder des Verwaltungszwangsverfahrens (in Stempel- etc. Sachen), und solcher, die ohne derartigen Anlass erfolgt. Letztere soll der Kürze halber als spontane oder echte Vorbehaltszahlung bezeichnet werden, obschon ich mich über die Ungenauigkeit dieses Ausdrucks keiner Täuschung hingebe.

a) Die Zurückweisung spontaner Vorbehaltszahlung.

Zunächst zur spontanen oder echten Vorbehaltszahlung.

Was das gemeine Recht angeht, so wurde im vorigen Paragraphen dargethan, dass es die Vorbehaltszahlung als vollständige Erfüllung nicht betrachtet. Deutlich geht aber vor allem aus der l. 2 pr. D. 12,6 hervor, dass es eine Annahmepflicht nicht statuiert. Diese Stelle (von Ulpian), die einzige, die von der wahren Vorbehaltszahlung handelt (denn l. 14 pr. D. 46,3 gehört nicht hierher), konstruiert den Vorbehalt als negotium, quod contractum est. Mag man nun, wie zumeist geschieht, an einen Vertrag über Rückzahlung denken, oder, wie Neisser, an einen Vertrag über Ausschliessung der Präklusivwirkung der Zahlung,[1]) ein Zahlungsangebot, das mit dem Angebot eines derartigen Vertragsschlusses verquickt ist, kann nicht als reines Zahlungsangebot gelten, darf also abgelehnt werden. Neisser kann dieser Konsequenz unmöglich ausweichen. Sind die Präklusivwirkungen der Zahlung solche, dass sie nur vertragsmässig ausgeschlossen werden können, dann sind sie ein naturale negotii; dann ist ihre Ausschliessung Ausschliessung eines naturale negotii, die sich nicht gefallen zu lassen braucht, wer Anspruch auf Abschluss des negotium (der Zahlung) schlechthin hat. Neisser[2]) lässt denn auch für das gemeine Recht die Entscheidung der Frage dahin gestellt. Die einzigen Schriftsteller, die sich, soweit ich sehen kann, entschieden

1) Vgl. dazu oben p. 7 u. 8.

2) p. 281 Note 7.

Digitized by Google

haben, sind Bähr,[3]) Dernburg,[4]) Degenkolb,[5]) Leonhard,[6]) Eccius[7]) und Stölzel[8])[9]). Die ersten fünf halten das Recht der Annahmeweigerung für selbstverständlich, der letztere verteidigt den entgegengesetzten Standpunkt. Bähr geht nach dem äusseren Zusammenhang der Stelle von dem angeblich in der reinen Zahlung stets enthaltenen konstitutiven („echten") Anerkenntnis aus: der Gläubiger könne „begehren, dass der Schuldner ohne Vorbehalt zahle und ihn dadurch der Vorteile teilhaftig mache, welche die Anerkennung gewährt." Soweit Bähr hiermit ein Recht auf ein konstitutives Schuldanerkenntnis behauptet, kann ihm nicht beigetreten werden; das ist oben auseinandergesetzt. Es scheint aber, als fasse Bähr im Grunde hier, wenn auch unbewusst, das deklaratorische Anerkenntnis, das er gleichfalls in der Zahlung findet,[10]) ins Auge: dahin deutet seine weitere Bemerkung:

---

3) p. 72/73, 278.

4) Pand. II § 141 Note 21. Zahlung unter „unbegründetem Vorbehalt" braucht nicht angenommen zu werden. Es bleibt freilich zweifelhaft, wenn ein Vorbehalt „begründet" sei. Nur bei nicht-spontaner Vorbehaltszahlung?

5) „Einlassungszw.", p. 170 Note. Der Grund D.'s ist: der Protest vernichte das Kausalmoment der Leistung. Der Text ergiebt, dass dies nicht zutrifft. Besteht die zu erfüllende Forderung, so ist das Gezahlte nicht ohne causa im Vermögen des Gläubigers. Zu Unrecht leugnet D. schlechtweg, dass gegenüber dem leistenden Dritten ein Anspruch auf Anerkenntnis bestehe. Nur unter der Bedingung, dass er mit Anerkennung zahle, besitzt er die Befugnis, an Stelle des eigentlichen Schuldners zu zahlen. Macht er von dieser Befugnis Gebrauch, so ist er verpflichtet, die Schuld anzuerkennen. Abgesehen davon unterliegt er einer solchen Verpflichtung natürlich nicht. Eine abstrakte Anerkennungspflicht besteht aber auch nicht für den eigentlichen Schuldner.

6) „Aufrechnung" p. 150. Im Wesentlichen wie Dernburg, vgl. Anm. 4. Doch giebt es nach seiner Ansicht ausser bei nicht spontaner Zahlung noch andere Fälle „begründeten" Vorbehalts, ohne dass die Art dieser Fälle indes angedeutet würde.

7) b. Gruchot p. 29 ff.

8) p. 99 ff.

9) Römer, Beitr. p. 31, erklärt — bei Betrachtung der bedingten Zahlung — Zahlung unter der „Bedingung" oder „Voraussetzung" des „Bestehens der Schuld" sei Erfüllung und tilge die Schuld, müsse also — so ist hinzuzusetzen — angenommen werden. Meint Römer hier Zahlung unter condicio juris, so ist diese Bemerkung richtig aber auch

Digitized by Google

„Verweigert der Schuldner, ohne solchen Vorbehalt zu zahlen, so wird der Gläubiger auf die Leistung Klage erheben können, und alsdann in der Rechtskraft des verurteilenden Judikats eine noch stärkere Sicherung für den Bestand seines Rechtes finden, als die, welche ihm die in der freiwilligen Zahlung enthaltene Anerkennung zu gewähren bestimmt ist.“ Das kann nur auf das deklaratorische Anerkenntnis passen. — Dernburg und Leonhard geben ihrer Ansicht keine Begründung. Über Eccius wird bei Betrachtung des preussischen Rechtes gehandelt werden. Stölzel zieht für seine entgegengesetzte Auffassung die schon im vorigen Paragraphen bekämpften Gesichtspunkte heran, und beruft sich ferner auf die in dem Reichsgesetz vom 29. 5. 1885[11]) (wie auch im ALR. II 14 § 80[12]) u. preuss. Ges. vom 24. 5. 1861[13])) stillschweigend vorausgesetzte Annahmepflicht. Da in diesen Gesetzen aber nicht-spontane Vorbehaltszahlung in Frage steht, so ist das Argument für die spontane Vorbehaltszahlung nicht zu verwerten.

Kaum zahlreicher sind die Stimmen über das preussische Recht. Hier treten für die Annahmepflicht ein: Koch[14]), Neisser[15]) und Stölzel[16])[17]); dagegen: Dernburg[18]), Rehbein[19]), Leonhard,[20]) Eccius[21]).

---

selbstverständlich; ob er etwa an die Vorbehaltszahlung denkt und sie nur auf Grund einer irrigen Konstruktion inkorrekt bezeichnet, bleibt ungewiss.

10) p. 68 ff.

11) §§ 22a und 32.

12) Bei Stölzel p. 98 Note 1 zufolge Druckfehlers: II 18 § 80.

13) Bes. §§ 9, 12 (vgl. auch § 40 Ges. vom 30. 5. 1873).

14) Recht der Forder. II p. 619 ff.; PrivR. II p. 223; Komm. z. ALR. Note 67 zu § 161 h. t.

15) p. 281 Note 7.

16) p. 99 ff. und 115/116.

17) Möglich, dass auch Bielitz, Prakt. Komm. 3. Bd. (1825) Note zu § 469 I 14 ALR. und die GesRevPens. XIV Mot. p. 105 (zu den mit §§ 160—164 h. t. gleichlautenden §§ 167—171 des Entwurfs; es wird von einem Vorbehalt, „den sich der Zahlende machen kann“, gesprochen) hierher zu rechnen sind.

18) PrPrR. II § 92 a. E. u. Note 20; § 290. Der Gläubiger brauche sich einen „ungerechtfertigten“ Vorbehalt nicht gefallen zu lassen. Vgl. dazu oben Note 4.

Digitized by Google

Koch begründet seine Ansicht nicht. Stölzel fügt hier der erwähnten Berufung auf die nicht-spontane Vorbehaltszahlung nur hinzu, § 161 I 16 ALR., der schriftliche Erklärung des Vorbehalts verlangt, lasse schliessen, dass einseitiger Vorbehalt des Zahlenden genüge — was auch von mir angenommen wird — und scheine also von der Annahmepflicht auszugehen. Der fragliche Paragraph bestimmt aber nur, in welcher Form ein Vorbehalt ausgedrückt werden muss, um wirksam zu sein, nicht aber, ob beim Vorliegen eines solchen Vorbehalts die Zahlung angenommen werden müsse. Neisser wirft Dernburg, der [22]) den Mangel einer Annahmepflicht daraus herleitet, dass der Gläubiger Anspruch auf definitive Abwickelung habe, eine petitio principii vor, macht sich aber des gerügten Fehlers selbst schuldig, [23]) wenn er das Problem — nach Bähr [24]) — dahin formulirt: es komme darauf an, „ob der Gläubiger lediglich Zahlung oder Zahlung und Anerkennung zu fordern berechtigt ist;“ denn es kommt in Wahrheit darauf an, ob „Zahlung“ ohne Schuldanerkennung überhaupt Zahlung im technischen Sinne ist. Neisser findet den Beweis für die Annahmepflicht nach preussischem Recht im § 164 I 16 ALR. Aber zu Unrecht, wie wohl auch Stölzel annimmt, der dieses Argument gar nicht in's Feld führt. Der genannte § handelt nur von dem Fall, wo Vorbehaltszahlung thatsächlich angenommen ist; dass der Gläubiger auch dann noch ein dringendes Interesse an der Beseitigung der schädlichen Wirkungen des Vorbehalts hat, ist von Stölzel [25]) mit grosser Energie hervorgehoben. Der § 164 cit. bietet das gleiche Mittel hierzu, das Stölzel vorschlägt: Provokations- bezw. Feststellungsklage. Neisser's Argumentation ist keine schlüssige.

Fehlen hiernach Gründe, die für eine Annahmepflicht

19) Entsch. III p. 9 Note.

20) A. a. O., wo das pr. R., wie das Allegat des Ges. vom 24. 5. 1861 zeigt, als mit dem gemeinen Recht übereinstimmend behandelt wird.

21) A. a. O.

22) A. a. O. § 92 Note 20.

23) Vgl. oben § 4 bei Note 4.

24) p. 72; auch Stölzel p. 99.

25) p. 103, 118 ff.; vgl. unten § 8.

Digitized by Google

sprechen, so sind deren gewichtige vorhanden, die das Gegenteil erhärten. In erster Linie ist darauf zu verweisen, dass auch nach ALR., wie schon dargethan, Vorbehaltszahlung keine Erfüllung ist; sodann darauf, dass der Gläubiger, der Zahlung empfangen hat, wider Willen des Schuldners zur Ausstellung einer Quittung, in der er sich seine Rechte vorbehält, nicht für befugt erachtet wird:[26]) der Parallelismus dieses Falles und des unsrigen springt in die Augen; was dem Schuldner Recht ist, muss dem Gläubiger billig sein.

Rehbein und Leonhard tragen die hier vertretene Ansicht ohne Begründung als die ihrige vor. Dernburg's Motivierung wurde bereits oben erwähnt. Es dürfte ungerechtfertigt sein, sie als petitio principii zu brandmarken. Sie soll offenbar besagen, dass eine „Zahlung", die keine definitive Abwickelung herbeiführt, d. h. kein Schuldanerkenntnis einschliesst, keine Zahlung sei, dass also Schuldanerkennung begrifflich — wenigstens als ein naturale negotii — zur Zahlung gehöre. Und das ist vollkommen richtig! — Eccius, der sich in seinem „Preussischen Privatrecht"[27]) noch ziemlich zweideutig ausgedrückt hatte, hat sich nunmehr[28]) klar zu der hier vertretenen Auffassung bekannt und ihr eine eingehendere Begründung gegeben. Diese ist in einigen Punkten schon im vorigen Paragraphen als unzutreffend nachgewiesen; in anderen deckt sie sich mit der unsrigen. Vor allem ist dem Satze[29]) beizustimmen: „Der Gläubiger hat nach gemeinem wie nach preussischem Recht den Anspruch auf wirkliche Zahlung, auf Zahlung mit der Wirkung der Tilgung seiner damit anerkannten Forderung." Damit ist ausgesprochen, dass nur Zahlung mit Schuldanerkennung „wirkliche" Zahlung ist. Die vortrefflichen praktischen Erwägungen, die Eccius ins Feld führt, sind weiter unten zu würdigen.

Über das französische Recht, das gleichfalls in Vorbehaltszahlung Erfüllung nicht sehen kann, findet sich nur eine

---

26) StrA. 9 p. 56; Koch, Komm. Note 69 zu § 163 h. t.; Rönne, Ergänz. zu § 163 h. t.

27) § 91 (II p. 575 [7. Aufl.]).

28) Bei Gruchot a. a. O.

29) A. a. O. p. 31.

Digitized by Google

Äusserung im Sinne der Annahmepflicht u. zw. bei Stölzel,[30]) der — zu Unrecht! — Demolombe und Laurent als Vertreter seiner Ansicht zitiert.

Demolombe hebt[31]) als der Zahlung wesentlich hervor, dass „lorsque le créancier a reçu, c'est au débiteur de prouver que la dette n'existait pas“: was ja gerade bei Vorbehaltszahlung nicht zutrifft! Weiter sagt er[32]): „Régulièrement, les offres doivent être pures et simples; le débiteur ne peut pas plus y mettre des conditions, qu'il n'en pourrait mettre au payement lui-même.“ „C'est le droit du créancier de recevoir son payement purement et simplement.“ Sodann bemerkt er,[33]) dass die letztere Regel sich nicht beziehe à celles des conditions ou réserves, qui seraient, de la part du débiteur, l'exercice d'un droit légitime, et qui ne sauraient être, dès lors, considérées, comme portant atteinte au droit légitime du créancier.“ Zulässig ist also nur ein Vorbehalt, der sich, wie er es an späterer Stelle[34]) ausdrückt, darauf beschränkt, das gesetzliche Recht des Schuldners hervorzuheben und zu erhalten (à rappeler et à maintenir le droit légitime du débiteur). Was er unter dem gesetzlichen Recht versteht, lassen die angeführten Beispiele[35]) erkennen: Das Recht, das der Schuldner auch ohne Vorbehalt haben würde, das Recht, das auf Grund eines vollstreckbaren Urteils Gezahlte bei Aufhebung des Urteils wieder zurückzufordern. Im letzteren Falle liegt aber keine spontane Vorbehaltszahlung vor. Von einem Vorbehalt bei spontaner Zahlung, der das deklaratorische Schuldanerkenntnis ausschliesst, d. h. von dem Vorbehalte schlechthin ist nicht die Rede.

Nach Laurent[36]) ist, wie er bündig erklärt, eine wirkliche bedingte Zahlung abhängig vom Eintritt eines künftigen, ungewissen Ereignisses, die ja Stölzel mit vielen anderen

30) p. 102 Note 1.

31) „Traité des contrats ou des oblig. convent.“ V (28. Bd. des Cours de Code Nap.) p. 63.

32) p. 63/64.

33) p. 64.

34) p. 65.

35) p. 64/65.

36) „Principes de droit civil“ 18. Bd. (5. Aufl. Brüssel u. Paris 1893) p. 210.

Digitized by Google

an zahlreichen Stellen in der Vorbehaltszahlung sieht, keine Zahlung. Für zulässig hält er nur solche Vorbehalte, die überflüssig sind, weil sie sich von selbst verstehen (il est inutile qu'il fasse ces réserves; mais par cela même elles ne peuvent nuire au créancier qui, de son côté, conserve le droit de répousser ces demandes; dès lors il n'a pas le droit de refuser les offres.)[37] Sodann stellt er sich[38] die Frage: peut-on payer tout ensemble et demander la nullité du payement? d. h. darf man unter Bestreiten der Schuld d. h. mit dem eigentlichen Vorbehalt, zahlen? Er bejaht[39] diese Frage gleich Demolombe und mit vortrefflicher Begründung nur für den Fall der Zahlung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung, also für den Fall der nicht-spontanen Vorbehaltszahlung.

Dass die beiden genannten Autoren ein Recht zur Zurückweisung spontaner Vorbehaltszahlung gewiss annehmen, erweist auch die Energie, mit der sie[40] das Recht zur Zurückweisung eines höheren als des geschuldeten Betrages verfechten, u. zw. unter Hinweis auf die Gefahr eines Rückforderungsprozesses. Der Rückforderungsprozess ist ja das Damoklesschwert, das auch über dem Empfänger einer Vorbehaltszahlung schwebt und das bei der Beweispflicht des Empfängers für diesen um so bedrohlicher ist.

Bezüglich des BGB.'s bedarf es nach dem im vorigen Paragraphen Bemerkten keiner weiteren Ausführung. Als unvollständige Erfüllung kann nach ihm die Vorbehaltszahlung abgelehnt werden. Leonhard[41] ist der einzige, der sich mit Bezug auf das künftige Reichsrecht — ohne Begründung — für das Recht der Annahmeweigerung, Stölzel der einzige, der sich auch hier — zwischen den Zeilen freilich nur[42] — für die Annahmepflicht ausgesprochen hat.

---

37) p. 211.

38) das.

39) p. 211/212.

40) Demolombe p. 62, Laurent p. 183/184.

41) A. a. O. Seine Deduktion p. 148 ff. bezweckt Klarlegung der Rechtslage unter der Herrschaft des BGB.

42) Vgl. p. 98, aus der hervorgeht, dass die folgende Ausführung mangels anderer Angabe auch für das BGB. gelten soll.

Digitized by Google

Man könnte gegen vorstehende Ausführungen etwa noch folgenden Einwand erheben, der zum Schluss kurz betrachtet sei: Zugegeben, dass der Gläubiger Anspruch auf Zahlung mit Schuldanerkennung hat. Die Schuldanerkennung läuft aber neben den sonstigen Bestandteilen des Zahlungsaktes selbständig einher; eine Trennung der Zahlung in ihre zwei juristischen Bestandteile derart, dass die Anerkennung erst nachträglich vollzogen wird, ist denkbar. Warum verpflichtet man nicht den Gläubiger zur Annahme der Vorbehaltszahlung und überlässt es ihm sich den vorenthaltenen Rest der ihm zukommenden Leistung in gleicher Art zu erstreiten, wie er andernfalls die ganze Leistung erstreiten müsste? Diese Einwendung erledigt sich durch den Hinweis auf § 7 und durch den allen Rechten gemeinsamen Grundsatz, dass man nur auf eine solche Leistungsofferte einzugehen gehalten ist, die alles bietet, was man zu beanspruchen hat, d. h. nur auf die Offerte vollständiger Leistung. Die gleiche Einwendung würde auch für das Angebot teilweiser Erfüllung zutreffen, für das die Annahmepflicht durch den gleichen Rechtsgrundsatz ausgeschlossen ist;[43]) und es ist sehr charakteristisch, dass — entsprechend der nicht-spontanen Vorbehaltszahlung — eine Teilleistung im Prozesse bezw. zur Abwehr der Zwangsvollstreckung vielfach allgemein oder in gewissen Fällen angenommen werden muss[44]).

---

43) Gruchot, Zahlung p. 111 ff.; Windscheid, Pand. II § 342 No. 2; ALR. I 16 § 57; code civil Art. 1244 Abs. 1; BGB. § 266 und dazu Mot. 1. Entw. II p. 33, Prot. 2. Les. I p. 305/306.

44) Vgl. l. 21 D. 12,1 [dazu Mommsen, Beiträge III p. 148 ff., Windscheid, § 342 Nr. 2 und dort cit. (a. A. Dernburg, Pand. II § 55 Note 7)]; die bei Gruchot a. a. O. p. 113 ff. cit. Gesetze und Entwürfe; code civil Art. 1244 und der Zusatzart. 1244a des bad. LR's.; sowie die von EG. zur CPO. § 14 Ziff. 4 getroffenen einzelstaatlichen Rechtsnormen; ferner die aufgehobenen §§ 95/96 AGO. I 24 u. V. vom 4. 3. 1884 § 14 (dazu Förster-Eccius I § 91 Note 72), und endlich Anh. § 153 zu § 45 AGO. I 24, EG. zur CPO. § 15 Ziff. 4 (dazu Struckmann-Koch, Komm. Note 7, Förster-Eccius I § 91 und Note 78). Hierher gehört ferner der Fall des teilweisen Anerkenntnisses der Klageforderung, des vollstreckbaren Teilurteils, der nur teilweise erfolgreichen Zwangsvollstreckung (bezw. der Fall, in dem auch die Zwangsvollstreckung nur teilweise Erfolg haben würde, in dem also der Schuldner

Digitized by Google

b. Die Zurückweisung nicht-spontaner Vorbehaltszahlung.

Wir gehen nun zu der nicht-spontanen Vorbehaltszahlung über.

Man kann zunächst bezweifeln, ob sie überhaupt eine Vorbehaltszahlung in dem von uns präzisierten Sinne sei.

Muss nicht die Zahlung auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils als wirkliche bedingte Zahlung aufgefasst werden, als Geldübereignung, die nur unter der Suspensivbedingung der Aufrechterhaltung des 1. Urteils, oder unter der Resolutivbedingung der Abänderung des 1. Urteils und der Klagabweisung wegen Nichtbestandenhabens der Schuld zur Schuldtilgung dienen, Zahlung sein soll? Die Annahme einer solchen Resolutivbedingung wäre jedoch aus den im § 2 entwickelten Gründen nicht angängig. Die Klageforderung wäre, auch falls sie wirklich bestand, zur Zeit nicht mehr einklagbar, da suspensiv-bedingt. Die Klage müsste unter Abänderung des 1. Urteils mit alternativer Begründung (entweder der Klageanspruch besteht überhaupt nicht, oder er besteht nur suspensiv-bedingt) abgewiesen werden. Dann fiele aber die Resolutivbedingung der Zahlung bezw. die Suspensivbedingung der Klageforderung sogleich endgültig aus. Die für den Fall des Bestehens der Klageforderung ausgesprochene Abweisung wegen resolutiv-bedingter Tilgung (nur suspensivbedingten gegenwärtigen Bestehens) und mithin die Abweisung überhaupt[45]) wäre nur eine Abweisung zur Zeit. Der gezahlte Betrag könnte auf alle Fälle zurückgefordert (condictio sine causa[46]), die abgewiesene Forderung auf alle Fälle, wenn sie bestand, geltend gemacht werden. Nur eine Auf-

---

zur Abwendung der Vollstreckung all das leistet, was er leisten kann) und des nur teilweise ausreichenden Arrestes (vgl. Prot. 2. Les. BGB. I p. 305). Das BGB. belässt es in den letztgenannten Fällen beim Alten; § 14 Ziff. 4 EG. z. CPO. bleibt desgleichen aufrecht erhalten: Mot. 1. Entw. II p. 33/34; vgl. auch EG. zu dem Ges. betr. Änderungen der CPO. Art. II.

45) Vgl. Eccius b. Gruchot p. 20/21.

46) Allein auf Grund des Nachweises, dass unter der Bedingung gezahlt und die Bedingung ausgefallen ist.

Digitized by Google

rechnung könnte diese doppelte Zahlung verhindern und zur Tilgung beider Ansprüche führen. Der Richter dürfte aber nicht etwa nur um dies unbillige Resultat zu vermeiden, den Eintritt der Bedingung herbeizuführen suchen.

Die Konstruktion im Sinne einer suspensiv-bedingten Zahlung hingegen scheint mehr für sich zu haben. Eine derartige Auffassung lassen z. B. die von Demolombe und Laurent gebrauchten Wendungen (la réserve de se pourvoir en cassation; réserve du pourvoi en cassation contre l'arrêt) vermuten. Sie ist dennoch nicht haltbar, und wird auch von Laurent in Wahrheit augenscheinlich nicht geteilt, der diese „Zahlung" durch die schon erwähnte Frage charakterisiert: peut-on tout ensemble payer et demander la nullité du payement? Die §§ 563 Abs. 2 (600 Abs. 2) und 655 Abs. 2 (717 Abs. 2) CPO. erweisen zur Genüge, dass sie fehlgeht. Die Bedingung wäre dann erst im Augenblicke des Erlasses des späteren Urteils entschieden. Erst in diesem Augenblicke würde die Verpflichtung zur Rückzahlung entstehen können, wenn man nicht etwa seine Zuflucht zu der hier gewiss nicht erträglichen[47]) condictio indebiti nehmen wollte: Denn die Geldübereignung, die beim Abschluss des bedingten Tilgungs-Vertrages unbedingt stattfindet, wäre völlig zwecklos, wenn nicht eben der übereignete Geldbetrag Leistungsobjekt sein sollte, sondern — abgesehen von der condictio indebiti — sogleich als zuvörderst noch vermutlich sine causa im Vermögen des Empfängers zurückverlangt werden könnte. Wenngleich der Geldbetrag nur suspensiv-bedingt cum causa geleistet ist, muss jenes Rückforderungsrecht doch schon deshalb bis zur Entscheidung der Bedingung als ausgeschlossen gelten, weil eine suspensiv-bedingte Zahlung ohne sofortige materielle Leistung[48]) unmöglich ist. Und doch setzen die bezeichneten Paragraphen voraus, dass schon vor Entscheidung der hier vorausgesetzten

47) Denn dann müsste der Beklagte nun den Beweis des Nichtbestehens der Schuld u. s. w. führen (vgl. § 2).

48) Der „Vorwirkung" in dem von Enneccerus p. 503 gebrauchten Sinne (die endlich gewollte Rechtswirkung erscheint als Folge des Willens und einer anderen Rechtswirkung (Vorwirkung); hier: der Übereignung des Geldes).

Digitized by Google

Bedingung die Rückzahlung beantragt, der Antrag begründet und wenigstens schon gleichzeitig dem Antrage gemäss erkannt werden kann.

Dem Bedenken kann allerdings abgeholfen werden, u. zw. einfach durch Setzung einer anderen Bedingung: falls ich mit meiner Überzeugung, dass das erste Urteil falsch ist, Unrecht habe (condicio in praesens), und weiter eventuell, falls es dir gelingen sollte, das frühere Bestehen deines Anspruchs darzuthun (condicio in futurum); anders ausgedrückt: falls du wirklich den Beweis deines Anspruchs — wie der erste Richter annimmt — erbracht hast (condicio in praeteritum oder auch praesens), oder eventuell, ihn noch erbringen wirst (condicio in futurum). Aber auch sie muss verworfen werden, obwohl sich bei der Eventualaufrechnung eine ganz ähnliche Bedingung als zulässig herausstellen wird. Dass das Bestreiten der Schuld auch hier wie bei wahrer Vorbehaltszahlung noch nötig wäre, liegt auf der Hand; sonst wäre ja das erste Urteil ohne Weiteres zu bestätigen, das Rechtsmittel zu verwerfen. Dieses Bestreiten (der Vorbehalt) verschafft dem Schuldner, wie wir sahen, schon allein alle die Vorteile, deren er durch Hinzufügung jener Suspensiv-Bedingung teilhaftig zu werden suchen würde. Die letztere ist also zum Wenigsten überflüssig.

Allein eine weitere Deduktion entzieht den berührten Konstruktionen jede Möglichkeit einer juristischen Rechtfertigung. Kann auf Zahlung einer suspensiv-bedingt gezahlten Forderung noch geklagt werden? Durch suspensiv-bedingte Tilgung gewinnt die Forderung, wie unten[49]) bei Betrachtung der Eventualaufrechnung noch auszuführen sein wird, Kraft und Charakter einer resolutiv-bedingt konstruierten Forderung. Eine resolutiv-bedingte Forderung kann an sich auch vor Entscheidung der Bedingung wirksam geltend gemacht werden. Wer indes bedingte Zahlung annimmt, erklärt damit, dass der bereits übereignete Betrag ihn befriedigen soll und Zahlung sein soll, wenn die Bedingung eintritt;[50])

49) § 13.

50) Exceptio pacti! Vgl. die verwandte Deduktion bei Enneccerus, Rechtsgeschäft p. 494 ff. (bezüglich des suspensiv-bedingten Verzichts)

Digitized by Google

er kann mithin nicht mehr anderweit Zahlung verlangen. Aber auch auf Abgabe (Leistung) eines Anerkenntnisses dahin, dass das gezahlte Geld rechtmässig im Vermögen des Klägers sich befinde, dass die bezahlte Forderung bestanden habe — und nur darüber kann, soweit der Klageanspruch in Betracht kommt, noch gestritten werden, — darf ebensowenig wie von dem Beklagten auf Rückzahlung,[51]) vor Eintritt der Bedingung angetragen werden; denn der übermachte Betrag ist ja nur im Zeitpunkte und im Falle des Eintritts der Bedingung, definitiv gezahlt, andernfalls aber unter allen Umständen, gleichgültig, ob die Klageforderung besteht, oder nicht besteht, sine causa im klägerischen Vermögen. Dem Anerkenntnis, das etwa auf das noch stattfindende Bestreiten der Klageforderung gestützt verlangt würde, fehlte also das reale Substrat eines übermachten Betrages dann, wenn die Bedingung ausfallen würde. Wenn die Bedingung aber einträte, würde ohne Weiteres vollständige Zahlung, also auch mit Anerkennung der Schuld, vorliegen.

Das Interesse des Klägers wie des Beklagten würde sich mithin ausschliesslich auf die Entscheidung der Bedingung konzentrieren. Nun ist allerdings hier ein Ereignis zur Bedingung verstellt, dessen Eintritt sich bei Fortgang des Zahlungsprozesses entscheiden müsste, und man könnte daraus schliessen: Fortsetzung des Prozesses sei von beiden Parteien gewollt; Hingabe und Annahme bedingter Zahlung bedeute hier nicht, — wie sonst — auch Abschluss eines pactum de petendo der beschriebenen Art. Das hiesse aber den Parteien den Willen unterschieben, dass bis zur Entscheidung der Bedingung auf (nochmalige) Zahlung geklagt, (nochmalige) Zahlung verlangt werden könne, und ein solcher Wille wäre psychologisch so unwahrscheinlich, dass man jene Unterstellung nur als eine gekünstelte Fiktion zu dem Zwecke, die aus der bekämpften

und p. 540, 552 ff., 560 (bezüglich der suspensiv-bedingten Novation). Siehe auch unten § 13. Bei Stölzel's Auffassung der Vorbehaltszahlung als Erfüllung oder als resolutiv-bedingte Zahlung darf der Gesichtspunkt der exceptio pacti nicht herangezogen werden; vgl. oben § 1 bei Note 48 und § 2 bei Note 29.

51) Vgl. l. 7 § 3 D. 23,3 a. E. und dazu Enneccerus a. a. O. p. 558 Note 2.

Digitized by Google

Konstruktion sich ergebenden Missstände zu beseitigen, ansehen könnte.

Man muss folgern, dass das Setzen einer solchen Bedingung zum wenigsten zweckwidrig und in Wahrheit von den Parteien nicht gewollt ist; denn sonst müsste notgedrungen Aufhebung des ersten Urteils und alternativ-begründete Klageabweisung (entweder die Klageforderung besteht überhaupt nicht, oder sie ist zur Zeit — wegen des pactum de non petendo — nicht einklagbar) erfolgen, wenn der Kläger seinen Antrag aufrecht erhielte, oder der Beklagte in eine Zurücknahme der Klage nicht willigte. Das würde aber endgültiger Ausfall der Bedingung und Freiwerden von Rückforderungsanspruch und Klageforderung heissen.

Sollte Beklagter seine Gedanken und Wünsche bei der „Zahlung" in Form einer derartigen Bedingung äussern, so würde sich die schon wiederholt betrachtete Erscheinung zeigen: dass nicht die materielle Rechtslage, die er zu schaffen gedenkt, von ihm beschrieben, sondern die prozessualen Folgen, die sich aus der von ihm zu schaffenden Rechtslage ergeben, dargestellt werden; dass nicht die Thatsache, die bestritten bleiben soll, und der Umstand, dass sie bestritten bleiben soll, einfach bezeichnet, sondern die prozessualischen Formen, unter denen sich der Streit über das Vorliegen der bestrittenen Thatsache abspielen muss, als Bedingung gesetzt sind. — Gleichzeitig folgt, dass die „Zahlung", die im Prozesse etwa aus freien Stücken vor Erlass eines vollstreckbaren Urteils unter Wahrung aller Rechte (Vorbehalt) erfolgt, eine Konstruktion nach Art der eben behandelten nicht vertragen würde. Auch hier würde sofortige — alternativ-begründete — Klageabweisung stattfinden müssen, mit dem Effekt, dass die Bedingung endgültig ausfiele.

Auch die etwa auftauchende Annahme einer dem Schuldtilgungsvertrage, wie dem Anerkenntnis, zugefügten condicio in praesens nach Art der später für die Eventualaufrechnung zu konstruierenden kann nicht gebilligt werden. Die Geldübereignung muss in irgend einer Beziehung zu dem künftigen Tilgungsvertrage stehen; eine solche Verbindung ist aber nur möglich durch condicio in futurum. Bei jener Art condicio

Digitized by Google

in praesens würde zunächst gar kein Tilgungswille erklärt sein; die Übereignung des Geldbetrages wäre gänzlich sine causa. Ihn später durch einen davon durchaus unabhängigen Tilgungsvertrag als reales Substrat der Leistung zu verwenden, würde von einer Zahlung sehr verschieden, höchstens eine Aufrechnung sein.

Schliesslich kommt noch allgemein in Betracht: Bei der Vorbehaltszahlung findet eine Auseinanderreissung der verschiedenen in der reinen Zahlung enthaltenen Akte so wie so statt: die Übereignung geschieht ja unbedingt. Eine solche Auseinanderreissung begegnet also hier nicht den Bedenken, wie bei der Aufrechnung, die überdies als ein einseitiger vom Gesetz in Form und Wirkung fest normierter Akt solchen Abweichungen vom Typus notwendig schwerer zugänglich sein muss, wie die vertragsmässige Zahlung.

Für alle Arten nicht-spontaner Vorbehaltszahlung erhebt sich jedoch noch ein weiterer Zweifel. Dem Gläubiger steht hier Beitreibungszwang zur Seite. Findet Zwangsvollstreckung statt, so ist nicht mit Vorbehalt gezahlt, vielmehr greifen die Grundsätze der actio quod metus causa Platz[52]). Muss nicht das nämliche gelten, wenn zur Vermeidung zwangsweiser Beitreibung geleistet wird? Dernburg[53]) nimmt das, für das preussische Recht wenigstens, an; und es dürfte kaum bedenklich sein, vis compulsiva für vorliegend zu erachten. Da auch bei der actio quod metus causa Irrtumsbeweis erübrigt und der Nachweis seines Rechtes den beitreibenden Gläubiger trifft, so stellt sich insofern das gleiche Resultat heraus, wie bei der Vorbehaltszahlung. Jede Zahlung auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils würde dann ohne Weiteres als erzwungen gelten, da die Fortsetzung des Prozesses den Mangel der Freiwilligkeit deutlich dokumentiert. Bei Zahlung zur Vermeidung des Verwaltungszwangsverfahrens würde eine Erklärung dahin, dass man nur aus diesem Grunde zahle, erforderlich sein, weil sich der Mangel der Freiwilligkeit aus

52) Lit. b. Rehbein u. Reincke, Komm. Note 105 zu § 207 I 16 ALR.

53) PrPrR. II § 290 Note 7; vgl. auch dort cit. und Förster-Eccius, PrR. II § 150 Note 99.

Digitized by Google

den Umständen nicht ergiebt. Diese Erklärung würde dann der vom Gesetz[54]) geforderte „Vorbehalt“ sein.

Dennoch erscheint es näher liegend und auch natürlicher wirkliche Vorbehaltszahlung anzunehmen. Dass der Vorbehalt bei Zahlung auf ein vorläufig vollstreckbares Urteil nicht ausgesprochen zu werden braucht,[55]) steht dem nicht entgegen; die Umstände ergeben, dass er gewollt ist.

Bei nicht-spontaner Vorbehaltszahlung kann die Annahmepflicht mit Grund nicht geleugnet werden. Der Vorbehalt wahrt hier nur die gleichen Rechte, die dem Schuldner bei zwangsweiser Beitreibung zustehen würden. Ja, eine solche Zahlung bietet dem Gläubiger noch mehr, als die Zwangsvollstreckung: den Tilgungswillen des Schuldners, den Abschluss des zur Zahlung gehörigen Tilgungsgeschäfts, der bei der Zwangsvollstreckung, die nicht auf Grund rechtskräftigen Urteils ergeht, zunächst (bis zur Rechtskraft des Urteils[56])) fehlt. Der Gläubiger droht mit Zwangsvollstreckung. Könnte er die zu ihrer Vermeidung angebotene Vorbehaltszahlung ablehnen, so könnte er den Schuldner zwingen, sich wider Willen exequieren zu lassen, und das ohne jeden Vorteil für sich selbst! Solche Möglichkeit grenzenloser Chikane kann nicht ausgedacht werden. Man betrachte ferner die Vorbehaltszahlung auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urteils. Freilich fehlt ihr das Anerkenntnismoment. Aber das hat gerade hier gar nichts zu sagen: das Anerkenntnis, d. h. der noch vorenthaltene Teil der Leistung, wird vom Kläger in dem weiteren Verlauf des Rechtsstreits so wie so

---

54) § 12 (vgl. freilich § 9) preuss. Ges. vom 24. 5. 1861; § 82 RGes. vom 29. 5. 1885 (§ 33 der Fassung von 1894). Dazu RGer. 87 p. 121; Dernburg, PrPrR. II § 290 Nr. 3b u. Note 10, 11; Hinschius b. Behrend 3 p. 578; auch StrA. 70 p. 92; ObTr. 60 p. 295; 62 p. 259. In allen Fällen, in denen nach gesetzlicher Bestimmung trotz erhobener Einwendung mit Vorbehalt gezahlt werden muss (z. B. ALR. II 7 § 487), halten einen ausdrücklichen Vorbehalt für überflüssig: ObTr. 9 p. 354; StrA. 56 p. 315; Koch, R. d. Forder. (2. Aufl.) II p. 620, PrivR. (3. Aufl.) II p. 223 Note 8; Komm. Note 67 zu § 161 h. t. Vgl. auch Rönne, Ergänz. 1 u. 5a zu §§ 160—165 h. t.; Stölzel p. 101 Note.

55) Vgl. Förster-Eccius a. a. O. I § 91 Note 80.

56) Vgl. unten § 6 bei Note 2.

Digitized by Google

noch erstritten werden: gerade hierüber wird der Prozess ja fortgesetzt.

Die Annahmepflicht wird denn auch allgemein eingeräumt. Als selbstverständlich wird sie unterstellt bei Dernburg sowohl für das gemeine[57]) wie für das preussische[58]) Recht; ausdrücklich hervorgehoben von Demolombe,[59]) Laurent[60]) (nach einem Erkenntnis des Kassationshofes, mit guter Kommentierung Laurent's) Leonhard,[61]) Stölzel[62]) und Ecciu s[63]) von den beiden ersten für das französische, von den übrigen für das preussische und gemeine Recht.

Die obige Betrachtung hat auch dargethan, wie wenig in Betreff der Annahmepflicht ein Rückschluss von der nichtspontanen auf die spontane Vorbehaltszahlung[64]) angezeigt erscheint.

§ 6. Angebot und Vollziehung spontaner Vorbehaltszahlung im Prozess.

Ist Annahme der spontanen Vorbehaltszahlung nicht Pflicht — unter dem Präjudiz der mora creditoris —, so folgt, dass bei Annahmeweigerung im Verlaufe eines Prozesses nicht Klagabweisung, sondern volle Verurteilung stattfinden muss.

Wie liegt es nun, falls die Vorbehaltszahlung angenommen, und dennoch — man setze den nahezu ausgeschlossenen Fall — die Klage im vollen Umfange aufrecht erhalten wird? Stölzel[1]) hält Klagabweisung für selbstverständlich. Wäre Vorbehaltszahlung Erfüllung, was sie nicht ist, so müsste ihm Recht gegeben werden. Wir müssen scheiden: ist sie als Erfüllung, schärfer: an Erfüllungsstatt, angenommen, so ist die Obligation teils durch Erfüllung, teils durch Verzicht, besser: durch die

57) Pand. II § 141.
58) PrPrR. II § 290.
59) A. a. O. p. 64.
60) A. a. O. p. 211/212.
61) p. 150.
62) p. 100 ff.
63) b. Gruchot p. 30 Note 7.
64) Vgl. Stölzel a. a. O. bes. p. 101.
1) p. 102 ff.

Digitized by Google

Novation, die in der Vollziehung jeder in solutum datio liegt, getilgt, und Abweisung geboten. Ist die Annahme nur „unter Vorbehalt", unter Wahrung aller Rechte, erfolgt, so ist unvollständig erfüllt; es bleibt noch ein Teil des vertragsmässig geschuldeten Rechtes zu gewähren. Selbst wenn man eine Pflicht zur Annahme der Vorbehaltszahlung statuiert, kommt man zu dem Ergebnisse: die Thatsache vollzogener Vorbehaltszahlung kann nicht zur Klagabweisung führen; es ist vielmehr über den noch nicht erfüllten Anspruch auf Anerkennung, der in dem Anspruch auf Zahlung erhoben ist, weiter zu verhandeln, und eventuell Beweis zu erheben; stellt sich dieser Anspruch als gerechtfertigt heraus, so ist der Beklagte zur Anerkennung, d. h. zur Gewährung des noch vorbehaltenen Restes der dem Gläubiger zustehenden Rechtsposition, zu verurteilen, im Übrigen die Klage abzuweisen. Wollte man völlige Abweisung mit Stölzel für das Richtige halten, so würde man nur veranlassen, dass der Anspruch im Klageantrag künftig zerlegt würde in

1. den Anspruch auf Übereignung des geschuldeten Geldbetrages zum Zwecke der Schuldtilgung (d. h. unter Abschluss des Schuldtilgungsvertrages);
2. den Anspruch auf ein Anerkenntnis dahin, dass die zu tilgende Schuld besteht.

Das Anerkenntnis ist, wie schon betont, als Gegenstück zu dem Vorbehalt ein materieller Rechtsakt, eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die die Übertragung eines Rechtes bewirkt wird. Sie wäre entweder — falls vor oder gleichzeitig mit Eintritt der Rechtskraft Zwangsvollstreckung oder Vorbehaltsleistung erfolgt — nach § 779 (894) CPO. mit Rechtskraft des Urteils oder aber — falls die Zwangsvollstreckung oder Leistung erst nach Rechtskraft stattfindet — in entsprechender Anwendung des § 779 (894) Abs. 1 Satz 2 (§ 672 [751]) CPO. (denn das Anerkenntnis muss frühestens bei der Zahlung vollzogen werden) gleichzeitig mit dieser abgegeben. Man wende nicht ein, dass diese Willenserklärung für den Gläubiger völlig wertlos sei, wenn er ein Urteil erstreitet, das den Schuldner der Leistung schuldig erkennt. Denn ein derartiges Urteil erkennt, ohne

Digitized by Google

dies freilich besonders hervorzuheben, stets auch gleichzeitig für schuldig, die Forderung anzuerkennen. Die Verurteilung zur Zahlung schliesst die Verurteilung zur Anerkennung stets in sich: das folgt aus dem Begriff der „Zahlung"; und Niemand, mag er auch Vorbehaltszahlung als „Zahlung" ansehen, dürfte behaupten, dass die Verurteilung auf Zahlung ohne Schuldanerkenntnis ginge. Der Schuldner soll gezwungen werden, das zu thun, was er bei Bestehen seiner Verbindlichkeit thun muss. Er wird bei jeder Verurteilung zu einer Leistung gleichzeitig zum Abschluss eines Vertrages, bei der Zahlung zum Abschluss des neben dem materiellen Leistungsakt hergehenden und diesen bestimmenden Tilgungsvertrags verurteilt; denn ein solcher Vertrag stempelt die gleichzeitig vollzogene Vermögensverschiebung erst zur Leistung, zur Erfüllung.[2])

Aber wollte man selbst annehmen, dass bei Verurteilung zur Zahlung nicht implicite zur Abgabe des Anerkenntnisses verurteilt werde, so folgte damit noch nichts gegen obige Deduktion: dann würde dieses Anerkenntnis doch höchstens wegen der Rechtskraft der auf Leistung gehenden Entscheidung

---

2) Das ist ein m. W. leider noch garnicht berücksichtigter Punkt. Er führt zu der Erkenntnis, dass jedes Leistungsurteil auch eine Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung ausspricht. — Wann sind die fraglichen Willenserklärungen als abgegeben anzusehen? Was oben bezüglich des Anerkenntnisses bemerkt wurde, gilt allgemein. Ist vor Rechtskraft Vollstreckung erfolgt, so stehen sie noch aus; denn vorläufige Vollstreckbarkeit findet bei Urteilen auf Abgabe von Willenserklärungen nicht statt. Als Zeitpunkt ihrer Vollziehung muss dann der Augenblick des Eintritts der Rechtskraft angesehen werden. Wird erst nach Eintritt der Rechtskraft vollstreckt, so kann naturgemäss nicht angenommen werden, dass z. B. der Zahlungstilgungsvertrag schon vor der materiellen — erzwungenen — Leistung geschlossen werde; er kann naturgemäss erst als gleichzeitig mit der Leistung vollzogen gelten; der Verurteilung nach § 779 CPO. ist ein dies incertus an et quando beigegeben. Die CPO. hat sich die Zusammengesetztheit des Urteils nicht vergegenwärtigt. Analoge Anwendung des § 779 Abs. 1 Satz 2 (§ 672 Abs. 2) CPO. unterliegt keinem Bedenken, während der § 671 Abs. 2 CPO. offensichtlich hier nicht zutrifft. — Gegen diese hier vertretene Auffassung darf schwerlich Bähr p. 279 angeführt werden, nach dem z. B. die res judicata „ein Surrogat der Anerkennung" ist. Siehe auch Plósz, Beitr. p. 165.

Digitized by Google

überflüssig. Wo solche Entscheidung fehlt, wäre die Minderwertigkeit des dem Empfänger einer Vorbehaltszahlung übertragenen Rechtes unzweifelhaft; es muss ihm die Möglichkeit zustehen, auf Beseitigung der Beschränkung seines Rechtes anzutragen.

Wie schon hervorgehoben,[3]) geht die CPO. bei der Behandlung der vorläufigen Vollstreckbarkeit, insbesondere in ihren §§ 563 (600) und 655 (717) Abs. 2 von dieser unserer Auffassung für den Fall nicht-spontaner Vorbehaltszahlung aus; wäre der Klageantrag durch diese Zahlung vollständig erledigt, so könnte der Rechtsstreit in der Hauptsache nur noch zur Abweisung des Klägers mit alternativer Begründung im Sinne Stölzel's führen. Man hat es hier auch nicht etwa mit einem Urteil nur über den Rückerstattungsanspruch des Beklagten zu thun, also mit einer Art Widerklage. Vielmehr hebt das spätere Urteil das frühere über den Anspruch des Klägers auf oder bestätigt es und ergeht also prinzipiell über den Klageanspruch[4]). Die Thatsache der Vorbehaltszahlung schneidet nicht die Verhandlung und Beweiserhebung über das Bestehen der Forderung, die Rechtmässigkeit des Klageanspruchs ab; im Gegenteil — trotz Erledigung des Anspruchs im Übrigen wird über das Recht fortgestritten, d. h. aber: über die Pflicht zur Übertragung des durch die Vorbehaltszahlung noch nicht gewährten Teils der Rechtsposition, zur Schuldanerkennung bezw. Anerkennung der Rechtmässigkeit der neugeschaffenen Vermögenslage. Hätte Stölzel Recht, so müsste der Kläger seine ursprüngliche Klage fallen lassen oder ändern und auf Feststellung des früheren Bestehens seiner Forderung oder des Nichtbestehens eines Rückforderungsanspruchs klagen. Auch für die höheren Instanzen und das nach Erledigung des Urkundenprozesses anhängig bleibende ordentliche Verfahren gilt der § 272 CPO., der nach Stölzel's[5]) eindringlicher Darlegung endliche Entscheidung zur Pflicht macht, sobald sie möglich ist. Eine besondere Abweichung von diesem Fundamentalsatz haben die fraglichen Bestimmungen

3) Oben p. 68/69 u. 71.
4) Vgl. Stölzel, Schulung I (2. Aufl.) p. 201.
5) Eventualaufr. p. 19 ff.

Digitized by Google

der CPO. für jene Fälle gewiss nicht geschaffen oder beabsichtigt. Vielmehr ist ausser Zweifel, dass auch, falls ein Antrag auf Verurteilung zur Rückzahlung nicht gestellt, und die Thatsache der Vorbehaltszahlung doch vorgebracht wird, weiter verhandelt und die Rechtsfrage entschieden werden muss.

Übrigens steht Stölzel[6]) im Grunde der hier verfochtenen Ansicht nicht so gar fern, wenn er bemerkt, dass der nach ihm erforderliche Feststellungsprozess über das frühere Bestehen der Klageforderung oder das Nichtbestehen des Rückforderungsanspruchs in gewissem Sinne ein Teil des ursprünglich auf Zahlung erhobenen Prozesses sei. Und sein — m. E. freilich fruchtloses — Bemühen, die Zulässigkeit einer Änderung der ursprünglichen Leistungsklage in eine der erwähnten Feststellungsklagen darzuthun, dürfte durch eine im Hintergrunde wirkende von der meinigen nicht sehr verschiedene Grundauffassung veranlasst sein.

§ 7. Praktische Bedenken gegen die Annahmepflicht und den Erfüllungscharakter der Vorbehaltszahlung.

Die schlimmsten Konsequenzen würde die Pflicht zur Annahme einer Vorbehaltszahlung als Erfüllung im Prozesse haben. Wenn bei ausserprozessualer Vorbehaltszahlung der Gläubiger regelmässig immerhin noch einen Vorteil — das Eigentum am Gelde — davonträgt, dem ein aufdringlicher Nachteil nicht gegenüber steht, so liegt das im Prozesse anders. Der Prozess ist in Angriff genommen, wenigstens ein Teil, wo nicht der Hauptbetrag seiner Kosten ist entstanden; er wird in absehbarer Zeit, vielleicht schon sehr bald zu einem Erkenntnis führen, das den Genuss des vollen Rechtes an dem geschuldeten Geldbetrage sichert. Soll hier das Angebot einer Vorbehaltszahlung sofortige Abweisung herbeiführen? Dann stände man, wenn man sein Recht wahren wollte, vor der angenehmen Aufgabe, sogleich eine neue Klage — Feststellungsklage — zu erheben. Kurz vor dem Ziele vom Beklagten

6) Vgl. ferner § 4 Note 43.

Digitized by Google

zurückgeschlagen, hiesse es, wieder von vorn anfangen. Man darf wohl sagen: der Chikane würde Thür und Thor geöffnet.

Aber es kann noch schlimmer kommen: Man setze den Fall, der Prozess sei bis zur Vernehmung eines Zeugen gediehen, der nach des Schuldners Befürchtung den Klageanspruch bekunden wird. Der Zeuge ist krank, dem Tode nahe. Im letzten Augenblick offeriert der Beklagte Vorbehaltszahlung — der Kläger nimmt die Klage mit seinem Einverständnis zurück oder wird abgewiesen. Der Zeuge stirbt. Nun fordert der Schuldner das Gezahlte zurück. Der Gläubiger kann jetzt sein Recht nicht mehr beweisen — er muss zurückzahlen. U. s. w. — Welche unvergleichliche Gelegenheit für böswillige Schuldner!

Gehen wir auf die Vorbehaltszahlung im Prozesse etwas näher ein:

A. Ist der Kläger vom Bestehen der Schuld überzeugt, so bieten sich ihm bei Annahmepflicht und eventueller alternativ-begründeter Abweisung

1. folgende Nachteile:

   α, Es wird nicht entschieden über das Bestandenhaben seiner Forderung, also über die Rechtmässigkeit des Gelderwerbs.

   β, Er hat den Rückforderungsprozess des Beklagten zu gewärtigen.

   γ, Will er sich Klarheit verschaffen, so muss er eine Feststellungsklage anstrengen.

   δ, Auf alle Fälle bleibt ihm die Beweispflicht wegen des Bestandenhabens der Forderung; ihn trifft die Gefahr des Verlustes von Beweismitteln. Will er etwaigen auf Verschleppung und diesen Verlust gerichteten Spekulationen des Gegners zuvorkommen, so bleibt ihm nur der Weg der Feststellungsklage.

   ε, Er hat etwas in seinem Vermögen, worauf er möglicherweise, wie er sich trotz seiner Überzeugung von der Schuld oft genug sagen muss, kein Recht nachweisen kann.

Digitized by Google

ζ, Möglicherweise büsst er hohe Zinsen ein und muss seinerseits noch Verzugszinsen [1]) zahlen [2]).

2. An Vorteilen liessen sich für ihn aufzählen:

a. dass er den geschuldeten Betrag immerhin im Eigentum und früher hat, als er ihn sonst erhalten würde;

b. die Möglichkeit, dass der Zahler die Beweismittel dafür, dass mit Vorbehalt gezahlt ist, verlieren könnte.

B. Ist der Beklagte von dem Nichtbestehen der Forderung überzeugt, so bieten sich ihm

1. die Nachteile:

α. Es fehlt die Entscheidung über das Nichtbestehen der Forderung und die Unrechtmässigkeit des klägerischen Gelderwerbs.

β. Er hat sein Geld nicht mehr.

γ. Um es wieder zu erhalten, muss er eine neue Klage anstrengen.

δ. Er muss sich auf eine Feststellungsklage gefasst machen.

In beiden Prozessen (γ und δ) besitzt er zwar eine günstige Beweisposition; aber diese Position ist nicht besser, als sie schon bisher war; sie ist ihm verblieben, nicht neu erworben.

ε. Er hat künftig zu beweisen, dass mit Vorbehalt gezahlt ist; der Verlust der Beweismittel trifft ihn.

ζ. Er hat möglicherweise, trotz etwaiger Verzugszinsen, starken Verlust, da das Geld für ihn einen höheren Wert haben kann.

η. Bei Unsicherheit des Gläubigers läuft er Gefahr, sein Geld gänzlich einzubüssen.

Dem gegenüber hat er nur

2. den Vorteil:

a. der schwebende Prozess ist erledigt; wird die Klage nicht zurückgenommen, so treffen auch den Kläger die Kosten.

---

1) Vgl. Rehbein, Entsch. III p. 9 Note (unter Berufung auf § 116 I 4 und § 232 I 7 ALR.'s); StrA. 58 p. 348, 358; Eccius b. Gruchot p. 31. — Neisser p. 304 ff. leugnet, auf §§ 193 ff. I 16 ALR. Bezug nehmend, die Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen.

2) Zu δ, ε und ζ vgl. Eccius a. a. O. p. 30 ff.

Digitized by Google

b. Der Gläubiger verliert möglicherweise seine Beweismittel über die Forderung.

Zunächst ist klar, dass die unter A 2 b und B 2 b bezeichneten unlauteren Spekulationen keinen Anspruch auf Berücksichtigung haben. Es folgt, dass die Vorbehaltszahlung für den Kläger nur den Vorteil A 2 a, für den Beklagten nur den Vorteil B 2 a hat. Die dem gegenüber stehenden Nachteile B 1 α—γ, ζ, η verlieren allerdings, sobald der Beklagte am Nichtbestehen seiner Schuld zweifelt, an Bedeutung. Aber wie viele Interessen des Klägers werden unter allen Umständen verletzt. Verdient das wahrlich doch nur recht geringe Interesse des Beklagten angesichts dessen rechtlichen Schutz durch Statuierung einer Annahmepflicht? Ein ordentlicher Mensch kann die Nachteile B 1 α—η nicht gering und die Vorteile B 2 a und b nicht gerade hoch schätzen. Soll man Annahmepflicht verordnen, die nur dem dolosen Kontrahenten zu nützen geeignet ist, während sie dem vernünftigen und anständigen nur Nachteile böte?

Etwas anders liegt es bei vorprozessualer Vorbehaltszahlung.

C. Ist hier der Gläubiger vom Bestehen der Forderung überzeugt, so bieten sich ihm die Nachteile A 1 β—ζ, während der Nachteil A 1 α, da kein Prozess obschwebt, wegfällt.

An Vorteilen treffen ihn: A 2 a und b; und ferner:

c. Die Aussicht, möglicherweise den Schuldner zu seiner Überzeugung zu bekehren und so schliesslich alles ohne Prozess zu erreichen.

D. Ist der Schuldner vom Nichtbestehen der Forderung überzeugt, so kommen für ihn

1. die unter B 1 β—η aufgezählten Nachteile in Betracht.
2. Vorteile bieten sich ihm:
   a, B 2b,
   b, Es droht ihm kein Leistungsprozess mehr, eventuell er vermeidet einen sofortigen Prozess.
   c, Er sieht die Möglichkeit vor sich, den Gegner friedlich von seiner Ansicht zu überzeugen und so ohne jeden Prozess das Geld wieder zu bekommen.

Digitized by Google

Über die Vorteile A 2 b und B 2 b ist schon das Nötige bemerkt.

Für den Gläubiger ergiebt sich: Ist das Vertrauen auf Umstimmung des Gegners nur gering, so fällt der Vorteil C c weg, das Gewicht der Nachteile A 1 β—ε steigt. Ist der Gegner ferner ein sicherer Schuldner, so sinkt das Gewicht von A 2 a. Zweifelt der Gläubiger an seinem Recht oder der Beweisbarkeit desselben, so steigt das Gewicht der Nachteile A 1 β, δ, ε. Je höher ferner der Zinsfuss ist, den er bezieht, umsomehr gewinnt A 1 ζ an Bedeutung. Man nehme an, und mit diesem Fall muss gerechnet werden, alle diese Momente träfen zugleich in hohem Masse zu: augenscheinlich böte dann die Vorbehaltszahlung dem Gläubiger einen recht zweifelhaften Vorteil; er würde sie als ordentlicher und vorsichtiger Geschäftsmann viel lieber zurückweisen, als sein Vermögen um einen unsicheren Betrag zu vermehren, den er etwa mit Zinsen zurückzuerstatten genötigt werden könnte.[3]) Soll ihm ein solches Danaergeschenk als Erfüllung aufgezwungen werden können?

Bei dem Schuldner aber stände es folgendermassen: Der Vorteil D 2 b ist minimal, falls voraussichtlich doch, wenn auch später, ein Feststellungs- oder Rückforderungsprozess notwendig wird; und das tritt ein, wenn der Gläubiger nicht nachgiebig erscheint, in welchem Falle der Vorteil D 2 c gänzlich wegfällt. Die Nachteile B 1 β—ε würden dann ohne Weiteres steigen. Wäre der Gläubiger ein unsicherer Schuldner, so wüchse der Nachteil B 1 η erheblich. Könnte er aus dem Gelde guten Gewinn schlagen, so würde auch der Nachteil B 1 ζ zunehmen. Es zeigt sich, dass der Schuldner nur dann wirkliches Interesse an einer Vorbehaltszahlung haben kann: a, wenn er an seiner Schuld zwar zweifelt, aber die Zweifel vergleichsweise geringe sind; wenn er sich über seine Vermögensverhältnisse, sei es schuldhafter, sei es unschuldigerweise nicht im Reinen ist; oder b, wenn er solche Zweifel zu hegen vorgiebt, sei es aus Chikane, sei es in Spekulation auf den Vorteil B 2 b.

Aber weder jene Unklarheit, noch diese unlauteren Ab-

3) Eccius p. 30 ff.

Digitized by Google

sichten dürfen zur Benachteiligung des Gläubigers führen; und da die Vorbehaltszahlung im Vergleich zur vorbehaltslosen Zahlung entschieden eine grosse Benachteiligung des Gläubigers bedeutet, so ergiebt sich, dass es durchaus nicht angebracht wäre, Annahmepflicht oder Erfüllungswirkung zu statuieren.

Und hat dann der an seiner Verbindlichkeit halbwegs mit Grund zweifelnde Schuldner ein Interesse an der Zahlung seiner Schuld, das sich mit dem Interesse desjenigen Schuldners messen kann, der seiner Verbindlichkeit sicher ist? Liegt ausreichender Anlass vor, dieses Interesse unter Benachteiligung des Gläubigers zu schützen?

Und endlich: Gerade der Umstand, der die mora creditoris und eventuell die befreiende Wirkung der Deposition begründet: dass der Schuldner alles zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gethan hat, was er zu thun verpflichtet ist und zu thun vermag, ist beim Angebot der Vorbehaltszahlung zu vermissen. Es obliegt dem Schuldner, sich über seine Vermögensverhältnisse genau unterrichtet zu halten. Unterlässt er dies, wenn auch ohne Verschulden, oder ist er dazu ausser Stande, so muss er dies doch vertreten, und können den Gläubiger keine Nachteile treffen.

Das Facit der vorstehenden Erörterungen ist: auch Zweckmässigkeit und Billigkeit sprechen nicht für, sondern gegen die Pflicht zur Annahme einer Vorbehaltszahlung[4]).

§ 8. Mittel, um den nachteiligen Konsequenzen der angeblichen Annahmepflicht und alternativbegründeter Klagabweisung zu begegnen.

Stölzel hat in seinem neuesten Werke mit Energie die Ansicht vertreten, dass Vorbehaltszahlung Erfüllung sei, dass

4) Das gilt auch von den bei Neisser p. 270 aufgeführten Fällen, soweit sie spontane Vorbehaltszahlung betreffen. Zeitweilige Abneigung des Schuldners gegen einen Prozess kann den Gläubiger nicht tangieren, sonst verlöre man den Boden unter den Füssen. Das Retentionsrecht freilich ist als Repressalie zur Erzwingung der Zahlung der unmittelbaren Erzwingung der Zahlung durch Zwangsvollstreckung nahe verwandt. Vorbehaltszahlung zur Vermeidung einer Ausübung des Retentionsrechtes steht unleugbar auf der Grenze zwischen spontaner und nicht-spontaner Vorbehaltszahlung.

Digitized by Google

sie also auch im Prozess angenommen werden müsse und den Klageanspruch, wenn er bestehe, tilge. Die Klage sei demzufolge nach Leistung einer Vorbehaltszahlung, wenn sie nicht zurückgenommen werde, unter alternativer Begründung (der Klageanspruch besteht keinesfalls mehr; entweder hat er überhaupt nicht bestanden [bezw. war schon vorher untergegangen] oder er ist durch die Vorbehaltszahlung getilgt) ohne Beweiserhebung über das etwaige Bestandenhaben der Klageforderung abzuweisen. Die Folge wäre: Notwendigkeit einer zweiten Klage, die diese nicht erledigte Frage zum Austrag bringen würde, u. zw. entweder einer Klage des früheren Klägers auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rückforderungsanspruchs oder des einstigen Bestehens des Klageanspruchs,[1]) oder aber einer Rückforderungsklage des Beklagten. Stölzel ist sich dieser bedenklichen Konsequenz, die zur Opposition gegen seine Theorie geradezu aufstachelt, wohl bewusst;[2]) er meint sie aber unschädlich machen zu können.[3]) Das Heilmittel soll eine nach § 240 Ziff. 3 CPO. vorzunehmende Änderung der Leistungsklage in eine der eben bezeichneten Feststellungsklagen sein.[4])

Es kann indes leicht nachgewiesen werden, dass eine solche Klageänderung aus § 240 (268) Ziff. 3 CPO. und überhaupt nicht gerechtfertigt werden kann, ganz abgesehen

---

1) Über die Zulässigkeit einer Klage der letzteren Art vgl. Kompensationsvollz. p. 90 und dort in Note 2 cit. Sie wird von Eccius a. a. O. p. 24 für den vorliegenden Fall zu Unrecht geleugnet, weil ja keine Wirkungen der bereits getilgten Forderung in Frage ständen. Die Charakterisierung der Vorbehaltszahlung als Vermögensverschiebung sine causa oder aber cum causa; die Existenz oder Nichtexistenz eines Rückforderungsrechtes hängen von dem einstigen Bestehen der Forderung ab und stehen in Frage. Dass das Feststellungsinteresse vorliegt, dürfte freilich bei der zweifellosen Zulässigkeit der erstangeführten, das Ziel direkt erreichenden Feststellungsklage, mit Fug bestritten werden.

2) p. 103, 114, 118 ff.

3) Freilich nur für das heutige Recht. Zur Zeit des älteren preussischen Prozesses waren nach St. (p. 118/119) beide Prozesse selbständig auszufechten.

4) das. p. 119 ff.

Digitized by Google

von der hier nicht zu berührenden Frage des Feststellungsinteresses[5]).

Zulässig ist die Klageänderung nach § 240 (268) Ziff. 3 CPO., wenn ohne Änderung des Klaggrundes statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand (oder das Interesse) gefordert wird.

Der Übergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage und umgekehrt ist für gestattet erklärt und z. T. wenn auch unter Widerspruch auf § 240 Ziff. 3 gestützt;[6]) deshalb soll nicht an dem Worte gehangen und gefragt werden, ob denn das Begehren der Feststellung die „Forderung" eines anderen „Gegenstandes" als der geschuldeten Geldsumme sei. Wesentlich aber ist auf alle Fälle[7]):

---

5) Irrig meint Neisser p. 288/289, die Frage des Feststellungsinteresses sei durch § 164 I 16 ALR. für das preussische Recht entschieden, es bedürfe darnach nur noch der Berufung auf diese Bestimmung, die für den Richter bindend sei. Der Richter hat im vorliegenden Fall auch nach preuss. Recht frei zu prüfen.

6) Nur Ziff. 3 ziehen heran: Wilmowski-Levy, Komm. Note 1 zu § 240; Rocholl b. Busch 8 p. 395; Förster-Eccius a. a. O. I § 51 Note 12 (der aber nur den Übergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage, nicht umgekehrt zulässt); Wach, Feststell.-Anspr. p. 42 u. Note 66 das. p. 44. — Ziff. 2 wenden an: Seuffert, Komm. Note 3d u. e zu § 240 CPO.; Fitting, RCivPr. § 54 III; Förster, Komm. Note 3 zu § 240; Schollmeyer, Kompensationseinr. p. 156; RG. in JWSchr. 85 p. 90, 89 p. 85 und 205; Schmidt, Klageänderung p. 197 ff.; vgl. auch Stölzel, Schulung I p. 162/163. — Ziff. 2 u. 3 führen ins Feld: Gaupp, Komm. (2. Aufl.) II p. 482 (obwohl er p. 465 ein Quantitätsverhältnis zwischen Leistungs- und Feststellungsklage leugnet, während der p. 459 allerdings wieder den Leistungs- als regelmässiges Plus gegenüber dem Feststellungsanspruch bezeichnet!); Struckmann-Koch, Komm. Note 4 zu § 240; RG. in JWSchr. 89 p. 305. — Siehe ferner Reincke, Komm. p. 274, 282, und Kompensationsvollz. p. 91. — Im Falle der Anwendung des § 240 Ziff. 2 muss konsequent ohne Klageänderung auf die Leistungsklage ein Feststellungsurteil ergehen können: vgl. Stölzel, Schul. I p. 159 ff.; Mayer, Anspr. u. Rechtskr. p. 36; dagegen Degenkolb, Einlassungszw. p. 171. — Nach Schmidt, Klageänder. p. 199 ist Übergang von Leistungs- zur Feststellungsklage und umgekehrt keine Klageänderung, auch nicht im Sinne des § 240 CPO., da die Thatsachen, in denen sich der Thatbestand beider unterscheidet, nicht in lite seien.

Digitized by Google

1. dass der Klagegrund der frühere geblieben ist;[8])
2. dass der spätere Anspruch durch Veränderung aus dem früheren entstanden ist.

Zunächst zur Klage auf Feststellung des früheren Bestehens der Klageforderung (d. h. des Bestehens zur Zeit der Vorbehaltszahlung! Nur dieser Zeitpunkt kommt in Betracht. Ob die Forderung etwa vorher bestanden hat und bereits anderweit untergegangen ist, bleibt ohne jedes Interesse[9])). Dass hier der Klagegrund der nämliche bleibt, kann nicht bestritten werden. Wie steht es aber mit der — relativen — Identität des Anspruchs? Der Anspruch ging ursprünglich auf Zahlung; es ist gezahlt; der Anspruch ist getilgt, erloschen! Gerade darauf basiert ja die ganze Theorie Stölzel's, denn anderenfalls wäre ja Klageabweisung wegen Vorbehaltszahlung undenkbar. Aus einem durch Erfüllung getilgten Anspruch kann ein anderweitiger Anspruch unmöglich entstehen[10])[11])[12]).

---

7) An diesen beiden Erfordernissen wird ausnahmslos in Theorie und Praxis festgehalten. Vgl. freilich unten Note 19.

8) Mot. z. CPO. p. 188.

9) Lässt man, dem Geiste des § 231 CPO. und einem unleugbaren Bedürfnisse zweifelsohne entsprechend, Klage auf Feststellung des früheren Bestehens von bereits untergegangenen Rechtsverhältnissen zu, so kommt man notgedrungen zu solcher Spezialisierung des Zeitpunktes, für den das Bestandenhaben bejaht oder verneint werden soll. Ob das Rechtsverhältnis irgend einmal früher bestanden hat, wird selten von Erheblichkeit sein. Das Entstandensein wird oft genug eingeräumt, und nur eben bestritten werden, dass das jetzt zugestandenermassen nicht mehr bestehende Rechtsverhältnis in einem kritischen Moment, in dem es die noch in Frage stehenden Rechtswirkungen erzeugt haben soll, bestanden habe. — Der Punkt ist leider kaum untersucht; vgl. Kompensationsvollz. p. 90 ff.

10) S. auch oben Note 1 über das Feststellungsinteresse, das natürlich nicht etwa deshalb als vorhanden angenommen werden dürfte, weil eine Änderung der ursprünglichen in diese Art der Klage als zulässig erschiene, während eine Änderung in die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rückforderungsanspruchs für ausgeschlossen erachtet würde.

11) Vgl. Rocholl b. Busch 8 p. 379, 396; Eccius b. Gruchot p. 23/24.

12) Ebensowenig kann aus dem der Zahlung zugefügten Vorbehalt ein anderweiter Anspruch erwachsen, wie Stölzel p. 125 annimmt.

Digitized by Google

Das Gleiche spricht auch gegen die Änderung in eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rückforderungsanspruchs; auch hier hat keine Veränderung des Klageanspruchs, sondern ein Untergang, eine endgültige Erledigung desselben stattgefunden. Wie könnte sich auch eine Forderung des Klägers in eine Forderung des Beklagten verwandeln? Hier fehlt aber zudem die Gleichheit des Klagegrundes. Nach Stölzel[13]) ist der Klagegrund dieser Feststellungklage: die Entstehung der Forderung des Klägers und die Zahlungsweigerung des Beklagten, nicht etwa: das Nichtbestehen der vorbehaltenen Forderung auf Rückzahlung. Es liegt indes ein Fall der negativen Feststellungsklage vor, die, wenn der Begriff des Klaggrundes überhaupt auf sie anwendbar ist,[14]) höchstens den nämlichen Klaggrund besitzt wie die entgegengesetzte positive Feststellungsklage,[15]) d. i. hier: die Entstehung des Rückforderungsanspruchs des Beklagten, wie Stölzel[16]) an späterer Stelle auch anerkennt. Diese Entstehung aber wird, wie oben[17]) dargethan, hergeleitet aus der Thatsache der Vorbehaltszahlung. Dass diese Thatsache mit dem die Klageforderung begründenden Thatsachenkomplex nichts zu schaffen hat, bedarf keiner Ausführung. Und das ist ebenfalls klar: Eine Forderung des Klägers kann, wenn keine Rechtsnachfolge und Identität vorliegt, keinesfalls den nämlichen Grund haben, wie eine Forderung des Beklagten. Giebt es eine grössere Verschiedenheit zwischen zwei Ansprüchen, und also dem Grunde der auf sie gestützten Klagen, als wenn sie verschiedenen Personen zustehen?[18])[19])[20])

---

13) p. 120.

14) Vgl. Mayer, Anspr. u. Rechtskr. p. 22 Note 3.

15) Vgl. Schmidt, Klageänder. p. 195.

16) p. 122.

17) p. 53 ff.

18) Vgl. Schmidt a. a. O. p. 185.

19) Bezüglich der Gleichheit des Klaggrundes sei noch bemerkt: Die CPO. steht (Prot. d. J. K. bei Hahn, Materialien p. 1002) auf dem Standpunkt des § 254 BadPrO.: „Eine Klageänderung ist als vorhanden anzusehen, wenn eine rechtskräftige Abweisung der ursprünglichen Klage die Einrede der entschiedenen Sache gegen die veränderte Klage nicht begründen würde". Zwar ist das Prinzip durch Zulassung des Übergangs

Digitized by Google

Dieser Ausweg muss, wie auch Eccius[21]) hervorhebt, entschieden verworfen werden. Dass dem gleichen Schicksal

---

von der Feststellungs- zur Leistungsklage, die gegeneinander weder die exceptio litis pendentis noch die exceptio rei judicatae begründen (Kompensationsvollz. p. 90/91 u. dort cit.), in etwa durchbrochen. Dennoch wird hiervon abgesehen allgemein, insbesondere als Kriterium für die Gleichheit des Klaggrundes, festgehalten: Struckmann-Koch Note 2 zu § 240; Wilmowski-Levi Note 1 das.; Petersen (2. Aufl.) p. 404; Sarwey Note 2; Förster Note 2; RG. in JWSchr. 85 p. 122; Fitting im Arch. f. civ. Pr. 61 p. 422 ff.; Schmidt, Klageänderung p. 166. — Es bedarf keiner Ausführung, dass keiner der beiden vorgeschlagenen Feststellungsklagen nach Abweisung der Klage anf Zahlung die exceptio rei judicatae entgegenstände.

20) Das Gesetz betr. Änderungen der CPO. wird folgenden § 264 (§ 235a) — ungefähr übereinstimmend mit § 232 Nr. 2 des preuss. Entw. z. CPO. (vgl. Mot. z. CPO. p. 188 und dazu Schmidt a. a. O. p. 165, 170) — einschalten: „Nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit ist eine Änderung der Klage nur zuzulassen, wenn der Beklagte einwilligt, oder wenn nach dem Ermessen des Gerichts durch die Änderung die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird". Auch darnach würde die fragliche Klageänderung ohne Einwilligung des Beklagten nicht statthaft sein. Hat Stölzel im Übrigen Recht, so liegt eine wesentliche Erschwerung der Verteidigung des Beklagten stets vor, wenn die Leistungsklage zur Entscheidung reif ist, die Klageänderung aber zur Erhebung eines weitausschauenden Beweises über das Bestandenhaben der Klageforderung führt. Dann und wann mag durch diese neue Bestimmung freilich die Bahn für eine Klageänderung der erörterten Art frei gemacht sein. Der Fall, auf den der neue § 264 nach den beigegebenen Motiven vor allem berechnet ist, nämlich: dass der Beklagte die zur Begründung der abgeänderten Klage dienenden Thatsachen zu seiner Verteidigung gegen die ursprüngliche Klage selbst angeführt hat, ist hier unter allen Umständen nicht in Frage.

21) p. 23 ff. Gegen Eccius nunmehr Stölzel p. 77/78, 85, 88 der cit. Abhandlung, indem er ihm vorhält, in einem analogen Falle (PrPrR. I p. 671 ff.) eine gleiche Latitüde in der Auffassung des Begriffs der zulässigen Klageänderung ohne Begründung vertreten zu haben. Der fragliche Fall liegt m. E. jedoch ganz verschieden. Die durch § 665 (727) CPO. verordnete Rechtskraft und Vollstreckbarkeit der für den Cedenten erlassenen Entscheidung zu Gunsten des Cessionars führt zu einem eigentümlichen Vertretungsverhältnis im Prozesse (einer „Prozessstandschaft": Kohler b. Busch 12 p. 109 ff.). Kann das Urteil, selbst das nur vorläufig vollstreckbare — also noch während des Prozesslaufs — mit der Vollstreckungsklausel für den Cessionar versehen werden, so dürfte schwerlich etwas dagegen einzuwenden sein, schon im Tenor den

Digitized by Google

ein zweites denkbares Mittel, Erhebung einer Präjudizialinzidentfeststellungsklage, das hier noch von Niemandem, wohl aber in einem analogen Fall bei der Eventualaufrechnung in Vorschlag gebracht ist, verfallen muss, u. zw. wegen Mangels der Präjudizialität, wird an späterer Stelle [22]) erörtert werden.

Die weiter etwa ins Auge zu fassende Möglichkeit,[23]) auf alle Fälle gleich von vornherein mit der Klage auf Zahlung eine eventuelle Feststellungsklage zu verbinden, würde — das ist besonders zu betonen — einer Verdoppelung des Prozesses nur scheinbar abhelfen[24]), und nach der richtigen Ansicht im Punkte der Kostenverteilung und der Kostspieligkeit[25])

Cessionar als Destinatär der Leistung zu bezeichnen. Von einer Tilgung des Klageanspruchs kann hier nicht die Rede sein. Die Annahme einer Veränderung des Streitgegenstandes im Sinne des § 240 (268) CPO. — denn der Klagegrund ist der frühere geblieben — dürfte am wenigsten auf Schwierigkeiten stossen, wenn man davon ausgeht, dass der Cedent dem Cessus gegenüber auch nach der im Verlaufe des Rechtsstreits erfolgten Cession, zufolge des § 236 (265) CPO. noch einen Anspruch auf Leistung an den Cessionar besitze; dann wäre der Anspruch auf diese Leistung an Stelle des Anspruchs auf Leistung an den Cedenten getreten. Übrigens begründet Eccius in Note 209 a. a. O. seine Ansicht, die freilich bestritten ist, ausführlich. Diese Ansicht ist denn auch sonst vielfach gebilligt: vgl. Struckmann-Koch Note 2 Abs. 6 zu § 236 CPO. und dort cit. Ferner Schollmeyer, Kompensationseinrede p. 84/85. — In der genannten Abhandlung bringt Stölzel keine neue Stütze für seine „Klagänderungstheorie". Dass er insbesondere ohne Grund annimmt, die hier vertretene Auffassung, nach der ein Recht auf Zahlung mit Schuldanerkennung besteht, müsse den Feststellungsantrag als in dem Antrag auf Verurteilung zur Zahlung enthalten ansehen, vgl. oben § 4 Note 43. Der Appell an die Billigkeit und das praktische Bedürfnis (p. 109, 113 ff.) verschlägt nichts gegenüber der hier verfochtenen Theorie, die sich anheischig macht, der Billigkeit wie dem praktischen Bedürfnis vollauf gerecht zu werden.

22) § 16 bei Note 22.

23) Vgl. Wach, Feststellungsanspruch p. 44 oben.

24) Auch die eventuelle Klage ist ja eine Klage.

25) Die herrschende Meinung lautet allerdings anders. Bei eventueller Klagehäufung soll der höhere Anspruch allein massgebend sein nach Wilm.-Levy Note 1 Abs. 2 zu § 3 CPO.; Struckmann-Koch Note 1 Abs. 3 zu § 5 CPO.; Gaupp I p. 26; Willenbücher, Kostenfestsetzungsverf. (4. Aufl.) Note 7 zu § 10 Geb.-O. f. R.-A.; Walter, Geb.-O. f. R.-A. Note 7 H zu § 10 und dort cit. Doch soll der höherwertige eventuelle Anspruch dann nicht berücksichtigt werden, wenn die

Digitized by Google

(abgesehen von den prozentual geringeren Kosten höherer Objekte) keiner der Parteien einen Vorteil gegenüber nach-

Eventualität nicht eintritt, nach OLG. Cöln (Rhein. Archiv 72 Abt. II p. 10) und Walter a. a. O. Gegen letztere Ansicht: RG. in JWSchr. 92 p. 270; 93 p. 467; Wilm.-Levy a. a. O. Und mit Recht. Denn auch die eventuelle Klage ist sogleich erhoben mit allen Folgen der Rechtshängigkeit (RG. 18 p. 389; 27 p. 389; in JWSchr. 91 p. 67; Gaupp I p. 440 Note 26; Wilm.-Levy Note 6 zu § 230 a. E. und Note 1 zu § 240; Mayer, Anspr. u. Rechtskr. p. 15; vgl. auch RG. 10 p. 350 ff.). Dann ergiebt sich aber, dass zwei Klagen, die prinzipale und die eventuelle, gleichzeitig erhoben sind, mag nun die Eventualität eintreten oder nicht. Jede Möglichkeit, beide Klagen im Kostenpunkt als nur eine zu behandeln, fehlt. Unrichtig ist, dass der Richter definitiv nur für den einen oder den anderen Fall angerufen werde (Wilm.-Levy Note 6 zu § 230); vielmehr hat er, wenigstens bei Abweisung des prinzipalen Antrags oder Eintritt der sonstigen Eventualität, beide Klagen zu prüfen. Zusammenrechnung muss daher stattfinden, wenn das Rechtsverhältnis, auf das sich die eventuelle Klage bezieht, ein ganz anderes ist, als das der prinzipalen Klage zu Grunde liegende, wie bei eventueller Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rückforderungsanspruchs, ein Fall, in dem nach Eccius bei Gruchot 33 p. 142 ff. die eventuelle Klageerhebung überhaupt unzulässig sein würde. Zusammenrechnung ist aber ebenso geboten bei eventueller Klage auf Feststellung des Bestandenhabens der Klageforderung § 11 GKG., (§ 10 Geb.-O. f. R.-A.) sind analoger Anwendung nicht zugänglich. — Zu Unrecht und ohne Begründung leugnen Gaupp I p. 459 und Wilm.-Levy Note 1 zu § 5, dass bei Verbindung von Leistungs- und Feststellungsklage in Bezug auf das gleiche Rechtsverhältnis Klagehäufung vorliege. Beide befinden sich mit sich selbst im Widerspruch, da sie an anderen Stellen den Gegenstand von Leistungs- und Feststellungsklage für verschieden erklären (vgl. oben Note 6, Kompensationsvollz. a. a. O. Note 3—5 und dort cit.). Auch das spricht für unsere Auffassung, dass nach § 253 CPO. Erhebung einer Inzidentfeststellungsklage, die sich auch auf das dem Leistungsanspruch zum Grunde dienende Rechtsverhältnis beziehen kann (vgl. unten § 16 bei Note 22) und nicht mehr „erhoben" ist denn die eventuelle Feststellungsklage, Klageerweiterung bedeutet und bewirkt, dass eine Mehrheit von Ansprüchen vorliegt (Wilm.-Levy Note 1 Abs. 3 zu § 136; Seuffert, Komm. p. 168; Schollmeyer, Zwischenstreit p. 31 ff.). — Der hier vertretenen Ansicht analog ist die Auffassung eines in mancher Hinsicht verwandten Falles (alternative Geltendmachung mehrerer Ansprüche), die sich bei Zitelmann b. Busch 8 p. 277 findet. — Bei den für die abweichende Meinung oben a. A. gegebenen Citaten bleibt es mehrfach zweifelhaft, ob die Zusammenrechnung nur in Hinblick auf die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit abgelehnt wird. Dass bezüglich der sachlichen

Digitized by Google

träglicher Klageerhebung bringen.[26]) Und wer wollte dem Kläger zumuten, auf die unbestimmte, ja unwahrscheinliche Eventualität einer Vorbehaltszahlung im Prozesse hin regelmässig sogleich eine eventuelle Feststellungsklage anzustrengen? Offenbar würde Jeder nachträgliche Klageerhebung vorziehen. Deshalb, weil ein Feststellungsinteresse und — bei Klage auf Feststellung des Nichtbestehens des Rückforderungsrechts — auch das festzustellende Rechtsverhältnis zur Zeit der Klageerhebung noch fehlen würde und erst nach erfolgter Vorbehaltszahlung zur Entstehung kommen könnte, würde sie allerdings bei der Zulässigkeit eventueller Behauptung[27]) und Substantiierung für den Fall, wo die Eventualität vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung behoben ist, nicht schon ausscheiden.[28])

Ein Mittel, die im vorigen Paragraphen auseinandergesetzten schweren praktischen Bedenken gegen die Theorie Stölzel's zu beheben, ist mithin nicht zu finden, während alle diese Bedenken, wenn unsere Auffassung richtig ist, hinwegfallen.

— ———

Zuständigkeit Haupt- und Eventualklage gesondert zu betrachten sind, unterliegt allerdings keinem Zweifel.

Die Lehre von der eventuellen Klageerhebung ist einer der wundesten Punkte unserer Civilprozesswissenschaft. Klärung, die auch Klärung der vorliegenden Frage bringen würde, ist dringend zu wünschen.

26) Da die eventuelle Klage erst nach Eintritt der Eventualität geprüft wird (RG. 13 p. 358 ff.), so wird bei Nichteintritt der Eventualität allerdings weder Beweis- noch Entscheidungsgebühr, wohl aber Prozess- und zumeist auch Verhandlungsgebühr fällig.

27) Vgl. Gaupp I p. 459 und dort cit.; Petersen p. 390; Mayer, Anspr. u. Rechtskr. p. 16. Gegen die Statthaftigkeit widersprechender auch nur eventueller Behauptungen OLG. Braunschweig b. Busch 7 p. 101; Wilm.-Levy Note 4 zu § 232 und Note 6 zu § 230; Struckmann-Koch Note 7 zu § 232; Pfizer b. Busch 21 p. 367 ff.; gegen letzteren vortrefflich Meyer b. Busch 23 p. 32 ff. Im supponierten Fall liegen aber keine widersprechenden Behauptungen vor.

28) Freilich wird bestritten, dass es zulässig sei, mit der Klage auf Leistung eine Klage zu verbinden, deren Gegenstand seiner Existenz nach von dem Ergebnisse dieser Leistung abhängig ist (Wilm.-Levy Note 4 Abs. 2 zu § 232 dort cit., sowie Struckmann-Koch a. a. O.). Der Anspruch auf Feststellung wäre hier seiner Existenz nach abhängig von der Vorbehaltszahlung, die nach Stölzel Leistung ist.

Digitized by Google

Zweiter Teil.

Die Eventualaufrechnung.

§ 9. Vorbemerkung, insbesondere über die Aufrechnung nach dem BGB.

Es liegt die Versuchung nahe, das Resultat des ersten Teils dieser Abhandlung für den zweiten Teil nutzbar zu machen, durch Analogieschluss das für die Vorbehaltszahlung Zutreffende auch auf die eventuelle Aufrechnung im Prozesse zu übertragen.[1])

Allerdings kann nicht geleugnet werden, dass das Erfüllungssurrogat der Aufrechnung mit dem Erfüllungsmodus der Zahlung insofern die grösste Verwandtschaft besitzt, als beide regelmässig den gleichen und stets einen nahe verwandten wirtschaftlichen Effekt hervorbringen.[2]) Darüber hinaus zu parallelisieren ist nur dann angebracht, wenn man beiden Rechtsgeschäften die gleiche oder eine nahe verwandte Konstruktion zuschreibt, wie ich für das gemeine Recht thue.[3])

Die zahlreichen Abweichungen, die gerade unter den Ansichten über die Form des Aufrechnungsvollzuges bestehen, finden ihre Erklärung vielfach in einem Widerstreit zwischen dem juristischen Konstruktionsbedürfnis, das nur mit gewissen

---

1) Vgl. Stölzel p. 109 ff.; 135 ff.; 138 ff.; 144 ff.; 147 ff.; 187 ff.

2) Dass Gleichartigkeit des Effektes nicht notwendig ist: vgl. die unten Note 27 cit.

3) Kompensationsvollz. § 11.

Digitized by Google

gängigen Denkformen zu operieren geneigt ist, und einem Bedürfnis des praktischen Lebens. Es sind zwei von einander völlig unabhängige Obligationen da, beide auf Zahlung gerichtet. Wie will man sie beseitigen? Kann ein Kontrahent eine Obligation, die besteht, nach Belieben aus der Welt schaffen? Wie soll er es mit zweien vermögen? Das widerstrebt dem juristischen Gefühl; denn jede Obligation ist der Willkür jedes einzelnen Kontrahenten entrückt.

Die Kategorie der einseitigen Aufrufung, die von einigen Rechten unter bestimmten Umständen gestattet wird, kann nicht herangezogen werden. Solche Aufrufung bedeutet volle Rückgängigmachung zu Gunsten und zu Lasten beider Kontrahenten; nicht ist sie ihrem Wesen nach denkbar als einseitige — sit venia verbo! — reflexive,[4]) den Gegner seines Anspruchs ohne Äquivalent beraubende, Schuldbefreiungs-, Obligationstilgungs-Erklärung des Schuldners. Die Thatsache, dass die beiden Obligationen sich inhaltlich dergestalt decken, dass bei Zusammenziehung beider eine Null an Recht und Pflicht (Debet und Credit) herauskäme, vermag in dieser Hinsicht nichts zu ändern. — Für eine gewissermassen mechanisch eintretende gegenseitige Selbst-Vernichtung beider Obligationen fehlt gleichfalls jede juristische Denkform.

Diese bietet sich nur[5]) für 3 Konstruktionen:

---

4) Sofern der Erklärende sich selbst von seiner Schuld befreien würde.

5) Allerneuestens konstruiert Kohler b. Busch 24 p. 2 ff., 12, die Aufrechnung als eine Anweisung zur Selbstzahlung. Diese Konstruktion scheint verfehlt. Der Schuldner kann durch Anweisung nicht verpflichtet werden, an sich selbst zu zahlen: denn er kann überhaupt nicht an sich selbst zahlen. Selbstzahlung ist ein in sich widerspruchsvoller Begriff. Wäre es aber begrifflich möglich, den Gegenschuldner zur Zahlung an sich selbst anzuweisen, so würde auch damit nicht geholfen sein. Weder als Assignat noch als Assignatar wäre der Kompensat ohne Weiteres zur Annahme der Anweisung des Kompensanten verpflichtet. Die Konstruktion bedürfte hier einer Ergänzung. Eine Konfusion von Schuld und Forderung, die zur Erklärung der Tilgung der Forderungen vorausgesetzt werden müsste, könnte auch erst eintreten, wenn der Kompensat sich selbst an Stelle des Kompensanten als Schuldner angenommen hätte. Dann, und wenn man die unmögliche Selbstzahlung streicht, bleibt die Konstruktion zu 2 oder die zu 3 übrig (vgl. ALR. I 16 §§ 262, 263).

Digitized by Google

1. für diejenige des Vollzuges durch synallagmatischen Vertrag;
2. diejenige des Vollzuges durch in solutum datio des Verzichtes auf die eigene Forderung;
3. diejenige des Vollzugs durch in solutum datio der eignen Forderung selbst.

Es ist sehr bezeichnend, dass z. B. Stölzel,[6]) der die Theorie des einseitigen Vollzuges mit Nachdruck vertritt, das Wesen der Aufrechnung, den in ihr liegenden juristischen Vorgang, nur durch Wendungen zu illustrieren vermag, die den Konstruktionen zu 2 und 3 entsprechen.

Aus dem ideellen Charakter der Aufrechnung im Gegensatz zu dem reellen der Zahlung zu folgern[7]), dass bei der ersteren eine Annahme nicht erforderlich sei, dürfte weder bei Zugrundelegung der Konstruktionen zu 2 und 3, noch angesichts des nach herrschender Ansicht zur Zahlung gehörigen — nichtobligatorischen — Tilgungsvertrags angehen. Für einseitige Übertragung oder Beseitigung der eigenen Forderung zu Tilgungszwecken u. s. w. ist eine Denkform nicht zu finden.

Will man von diesen Vollziehungstheorien abweichen, so muss man die Aufrechnung als ein gänzlich eigenartiges juristisches Gebilde auffassen, das auch in Betreff der Vollzugsform nur aus sich selbst, nicht aus anderen juristischen Kategorien zu erklären ist; d. h. man muss auf jede Konstruktion der Aufrechnuug verzichten und sich darauf beschränken, zu beschreiben, durch welche Umstände sie zur Durchführung gelangt[8]).

Dass praktische Gründe eine Vollzugsform nahe legen, die eine Mitwirkung des Gegengläubigers unnöthig macht, steht trotz der Depositionswirkungen des gemeinrechtlichen Aufrechnungsangebotes ausser Zweifel. Solche Vollzugsform

---

6) p. 3 ff., 142, 143, 147; vgl. auch Rehbein, Entsch. III p. 68 Note; Hasenöhrl a. a. O. II p. 536/537; Kompensationsvollz. p. 3 u. § 2 Note 6 und 11; p. 36 ff., bes. 38 und die dort cit.; sowie Planck, Komm. z. BGB. Note 2 zu § 387.

7) Stölzel p. 6; vgl. auch p. 169/170.

8) Vortrefflich Hasenöhrl II p. 537.

Digitized by Google

ist in zweierlei Weise denkbar. Erstens so, dass die Koexistenz der Forderungen Ursache, die Erklärung des Kompensanten Voraussetzung, Bedingung der Aufrechnung ist; zweitens so, dass die Koexistenz der Forderungen Bedingung, die Erklärung Ursache der Aufrechnung ist.

Freilich werden diese beiden wesentlich verschiedenen Vollzugsformen sehr oft mit einander verwechselt, oder einfach zusammengeworfen und identifiziert.[9]) So versteht sich auch die Formulierung des BGB.'s[10]), dessen Redaktoren, nach den Motiven[11]) zu urteilen, die Ansicht des Azo und des preussischen Rechts als Theorie des Vollzugs durch einseitige Erklärung auffassten. Nach beiden Ansichten bildet aber die Erklärung nicht die Ursache, sondern nur die Bedingung des Compensationseintritts, während nach Unger's[12]) treffender Formulierung, die Koexistenz der Forderungen ihre suspensivbedingte Tilgung wirkt.[13]) Der § 388 BGB. ist in gleicher Weise irreführend, wie sich leicht nachweisen lässt. Die §§. 389 und 390 BGB. statuieren eine vollständige Rückwirkung, wie auch die Motive der 1. Lesung[14]) und die Protokolle der zweiten Kommission[15]) deutlich deklarieren (rückwirkender Ausschluss der mora, der Konventionalstrafe; rückwirkende Sistierung des Zinsenlaufs). Nur in einem Punkte wollen die Motive 1. Lesung[16]) die Rückwirkung nicht zugestehen: im Falle der Zahlung bei Unkenntnis vorhandenen Kompensationsrechts. Aber zu Unrecht! Selbst nach denjenigen Theorieen, die von jeglicher Rückwirkung absehen, findet die condictio indebiti in diesem Falle statt, u. zw. weil das Kompensationsrecht

---

9) Vgl. Kompensationsvollz. p. 11; 31/32, bes. Note 5; 53 und dort cit.

10) Zu Unrecht schreibt de la Grasserie, Code civ. All. p. XLVII dem BGB. eine „assimilation de la compensation au paiement" zu.

11) II p. 107.

12) ÖsterrPrR. II p. 490 ff.; b. Grünhut 15 p. 546. Vgl. auch die in Note 22 cit.

13) Vgl. Note 9. Die Motive p. 106/107 behandeln die Kompensabilität als „Voraussetzung" des Aufrechnungsvollzugs.

14) II p. 108 ff.

15) I p. 367.

16) II p. 109.

Digitized by Google

den Charakter der facultas alternativa trägt.[17]) Die Motive[18]) werden sich dessen bewusst: bei Statuierung der Rückwirkung könne „nicht ohne Grund" gesagt werden, dass schon von dem Zeitpunkte an, wo die Forderungen sich kompensationsfähig gegenübertreten, die eine von der anderen beeinflusst werde, und dass die Verlegung der Tilgung in die Vergangenheit, wenn man an der Annahme des Vollzuges durch einseitige Erklärung festhalte, nur im Wege positiver Satzung durch eine juristische Fiktion möglich sei. Als Grund für diese sonderbare sich sogleich selbst im Wege der Fiktion aufhebende Konstruktion wird nur angegeben, dass bei zeitlicher Bindung der Aufrechnungswirkung an die Aufrechnungserklärung der praktische Wert des Instituts erheblich leiden werde, ein Grund, der nur zu erklären vermag, weshalb man den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung für die Aufrechnungswirkungen nicht massgebend sein lassen wollte, nicht aber, weshalb man denn fortfährt, die Aufrechnungserklärung als Ursache der Aufrechnungswirkungen zu bezeichnen. Der §. 390 BGB.[19]) beseitigt alle Zweifel, er lässt sich auch durch keine Fiktion der Rückwirkung erklären[20]). Ist eine Forderung verjährt, so bleibt zwar noch eine Naturalobligation übrig[21]); dass diese aber nicht das Kompensationsobjekt bildet, ergiebt das Kriterium, dass sich die beiden Forderungen zu einer Zeit, wo die zur Kompensation zu benutzende Forderung noch nicht verjährt war, kompensabel gegenübergestanden haben müssen: Mit

17) Kompensationsvollz. p. 52. Planck, Komm. z. BGB. Note 2 zu § 389 meint: jeder Nachteil, der für den einen oder den andern Teil nach dem Zeitpunkt der Koexistenz in Folge der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit eingetreten sei, falle bei Aufrechnungsvollzug nachträglich wieder hinweg. Für die Verpflichtung zur Zahlung der Prozesskosten trifft dies jedenfalls nicht zu: vgl. § 19.

18) a. a. O.

19) Desgl. § 406 BGB., wie Kohler b. Busch 24 p. 38 ff. zutreffend betont.

20) Vgl. Motive z. 1. Entw. II p. 106; Leonhard a. a. O. p. 180. Bezeichnend ist, dass die Gesetzes-Revisoren die entsprechende Bestimmung des ALR.'s aufrecht erhalten wollten, weil sie eine notwendige Folge des Vonselbsteintritts der Aufrechnung sei (Mot. p. 137 Ges.-Rev. Pens. XIV).

21) § 222 BGB.

Digitized by Google

einer gegenwärtig gar nicht mehr kompensablen Forderung wird kompensiert — weil die Forderung früher einmal kompensabel war. Es wird jetzt nicht kompensiert, weil keine kompensable Forderung mehr besteht; es ist aber bereits kompensiert — freilich nur potestativ-bedingt —, weil die Forderung einst der anderen kompensabel gegenüberstand. Auf diese Thatsache kann sich der Kompensant berufen: die potestative Suspensivbedingung tritt ein, die Aufrechnung ist perfekt — u. zw. vom Augenblick des Gegenübertretens an.

Dass diese Azo'sche Vollzugstheorie dem BGB. in Wahrheit, wenn man die künstliche Drapierung der Konstruktionen und Fiktionen abstreift, zu Grunde liegt,[22]) ist von der Mehrheit der 2. Kommission ziemlich deutlich empfunden worden[23]). Die einzige Bestimmung, die aus dieser Auffassung nicht ohne Schwierigkeit erklärt werden kann, ist § 396 BGB., der indes im preussischen Recht im § 374 I 16 ALR. sein Gegenstück findet, und seinen Ursprung offenbar einem Sieg praktischer Erwägungen über das Bedürfnis logischer

---

22) So auch Oertmann im Arch. f. bürgerl. R. 13 p. 125 und 14 p. 356/357; Kohler b. Busch 24 p. 34 ff., welch letzterer freilich durch den unklaren Begriff der „Vinkulierung" (p. 32 ff.) die Schärfe seiner Ausführung wesentlich abschwächt; und nahe verwandt: Endemann, Einführ. in das Studium des BGB. 3. u. 4. Aufl. I p. 643 ff.

23) Das zeigt sich z. B., wenn die Rückwirkung der Zinstilgung auf den Beginn der Koexistenz oder die Kompensationsfähigkeit verjährter, einst koexistierender Forderungen damit motiviert wird, dass man im sicheren Besitz seines Kompensationsrechtes es zumeist unterlasse, zu kompensieren; dass man ja sofort alles habe, was man verlangen könne; dass der Schuldner keine Veranlassung habe, Aufrechnung geltend zu machen, weil er zu dem geschuldeten Betrage Deckung in Händen, und bei Einklagung Abweisung zu gewärtigen (!) habe; der Kompensationsberechtigte dürfe die beiden Forderungen als auf sich beruhend ansehen; er solle im Vertrauen auf die bestehende Kompensationslage nicht getäuscht werden u. s. w. (Prot. I p. 367, 363, 369, Denkschr. p. 56/57; vgl. auch die Protok. zu §§ 281b, 284, u. Motive I p. 343). Einige dieser Wendungen lassen sogar auf eine der Vollzugstheorie des Martinus ähnliche Grundauffassung schliessen. Häufig zeigt sich die Erkenntnis des suspensiv-bedingten Vonselbsteintrittes verhüllt unter der Formulierung: mit Koexistenz erwachse jeder der Parteien ein Recht auf Aufrechnung (vgl. Mot. p. 106).

Digitized by Google

Folgerichtigkeit verdankt, einem Sieg, der durch den Hinweis auf das angebliche Prinzip des § 388 mit einigem Anschein juristisch gerechtfertigt werden kann[24]).

Aber sei ihm wie ihm sei: auf alle Fälle weicht die Form des Zahlungsvollzuges von der des Aufrechnungsvollzuges sowohl nach preussischem, wie nach französischem, wie endlich nach künftigem Reichsrecht erheblich ab.

Ferner kommt in Betracht, dass die Aufrechnung in ihrer geschichtlichen Entwicklung wesentlich ein Institut der Äquität ist, ein Umstand, der gerade bei einseitigem Vollzuge im Auge behalten werden muss, und z. B. die Bestimmung des § 388 Satz 2 BGB.[25]) hervorgerufen hat.

Freilich ist Aufrechnung Erfüllungssurrogat, und setzt also gleich jeglichem zur Erfüllung dienenden Rechtsakt begrifflich voraus, dass ein zu Erfüllendes vorhanden ist[26]); das ist aber wie gesagt nichts der Aufrechnung und Zahlung allein Eigentümliches.

Für die Bezeichnung der Aufrechnung als ideelle Zahlung, als symbolische Zahlung, als Selbstzahlung, und wie man sie sonst noch finden mag, besteht nach alledem nicht der mindeste Anlass[27]). Juristisch ist damit nichts gewonnen, nur verschleiert. Wegen wirtschaftlicher Verwandtschaft solche Bezeichnungen zu wählen, erscheint kaum zweckmässig, ja irreführend. Man hat bestenfalls ein Bild, eine Trope vor sich, die auf eine juristisch unerhebliche Übereinstimmung zwischen beiden Rechtsinstituten verweist. Es empfiehlt sich, alle Folgerungen aus dieser Trope thunlichst zu vermeiden.

---

24) Vgl. Protok. I p. 369 ff. Kohler b. Busch 24 p. 45/46 will den § 396 dahin verstehen, dass im Falle des Widerspruchs des Kompensaten oder beim Mangel einer Bestimmung der zu kompensierenden Forderung diejenige zur Aufrechnung zu verwenden sei, die zuerst mit der Gegenforderung in das Aufrechnungsverhältnis getreten ist. Wie das aus dem allegierten § 366 Abs. 2 BGB. folgen, oder mit den unzweideutigen Auslassungen der 2. Kommission in Einklang gebracht werden soll, bleibt unklar.

25) Vgl. Prot. I p. 365/366.

26) Stölzel p. 135/136.

27) Vgl. Kompensationsvollz. p. 4 Note 7 u. dort cit.; Dernburg, Komp. § 39; Hasenöhrl a. a. O. II p. 536/537 und die dort Note 5 cit.; neuestens Kohler b. Busch 24 p. 3 ff.

Digitized by Google

Demnächst werden sich schwerwiegende Differenzen zwischen Vorbehaltszahlung und Eventual-Aufrechnung herausstellen, vor allem eine: bei der Eventualaufrechnung geht nichts unbedingt sogleich in das Eigentum des Gläubigers über, wie das Geld bei der Vorbehaltszahlung. Ferner giebt es eine wahre nicht-vertragsmässige Vorbehaltsaufrechnung (ausgenommen vielleicht einen kaum praktischen Fall) nicht, sondern nur eine unter wahre condicio in futurum oder auch unter condicio in praesens verstellte Aufrechnung im Prozesse, eine sehr häufige Erscheinung. Hingegen kann, wie oben ausgeführt, die Möglichkeit einer entsprechend bedingten Zahlung nicht anerkannt werden. Die Vorbehaltszahlung bildet das Gegenstück zur Eventualaufrechnung. Der Unterschied, den Stölzel p. 157 konstatiert, dass die Entscheidung über den Vorbehalt bei der Zahlung keine Rechtskraft beschreite, während dies bei der Aufrechnung der Fall sei, ist gerade nicht vorhanden, da einzig die Entscheidung über das — einstige — Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung der Rechtskraft fähig ist.

Erstes Kapitel.

Konstruktion der Eventualaufrechnung.

§ 10. Die verschiedenen Ansichten.

Kaum minder mannigfaltig wie die Auffassungen der Vorbehaltszahlung sind die der Eventualaufrechnung. Sie zeigen mit wenigen Abweichungen die gleichen Typen, wie jene, und was dort bemerkt wurde, gilt nicht selten auch hier: Man findet bei manchen Schriftstellern einander schroff widersprechende Ansichten unvermittelt neben einander.

I. Die Klasse derjenigen, welche in der Eventualaufrechnung eine bedingte Aufrechnung erblicken, ist die zahlreichste. Sie zerfällt in zwei Unterklassen, von denen

a) die erste eine condicio in futurum, u. zw. — da die sofortige Übereignung des Geldes, die bei der Vorbehaltszahlung stattfindet, wegfällt — mit Suspensiveffekt,

Digitized by Google

b) die andere eine condicio in praesens annimmt.

Beide scheiden sich wieder in je zwei Gruppen, eine (a, α und b, α), deren Formulierungen auf ausserprozessuale und prozessuale Aufrechnung gleichmässig zutreffen sollen; und eine andere (a, β und b, β), die sich ausschliesslich mit der prozessualen Aufrechnung befasst.

a, α) Die erstgenannte Gruppe der ersten Unterklasse findet ihren einzigen, aber nachdrücklichen Vertreter in Stölzel, der das Vorliegen einer wahren Suspensivbedingung, eines Schwebezustandes und einer Rückwirkung wiederholt scharf accentuiert.[1]) Er giebt folgende, in sich nicht gleichbedeutende Definitionen: Vorbehalts- wie Eventual-Aufrechnung sei Aufrechnung unter der Bedingung (dem Vorbehalte) des Beweises der Hauptforderung;[2]) der Feststellung der Hauptforderung;[3]) der Entscheidung über das Bestehen der Hauptforderung.[4]) Bei Eventualaufrechnung im Prozesse soll aber keineswegs ein Beweisen, Feststellen oder Entscheiden im obschwebenden Prozesse Bedingung sein, sondern jede Beziehung auf diesen Prozess fehlen.[5])

β) Zur zweiten Gruppe der ersten Unterklasse zählen fast Alle, die bei Aufrechnung unter gleichzeitigem Bestreiten der Klageforderung im Prozesse einen Austrag des Streites über das Bestehen der Klageforderung für unumgänglich halten. Das bedingende Ereignis wird hier in den obschwebenden Rechtsstreit verlegt. Die Fassungen decken sich wiederum nicht vollständig. Der Beklagte kompensiert „nur für den Fall, dass der Richter nicht schon ohne Rücksicht auf die Kompensationsforderung zur Abweisung der Klage gelangt;“[6]) für den Fall, dass die Klageforderung nicht schon ohne dies als un-

---

1) p. 139, 141 ff., 148, 151.

2) p. 141, 151; p. 142, 143 u. 144 ist das „Dargethanwerden“, das „Sichergeben“ der Entstehung der Forderung als Bedingung bezeichnet. Gegen diese Ansicht anscheinend p. 164.

3) p. 148, 161.

4) p. 164 unten, 225.

5) p. 150.

6) Fuchs b. Gruchot 41 p. 129.

Digitized by Google

begründet abgewiesen werden würde[7]); oder „dass von dem Richter die Klageforderung an und für sich als begründet angesehen würde“[8]), oder „dass die bestrittene Klageforderung trotz der Bestreitung vom Gerichte zuerkannt wird“[9]), oder dass „die Klageforderung vom Richter als bestehend würde anerkannt werden.“[10])

Ein Schriftsteller setzt — condicio in praesens und in futurum in unmöglicher Weise verbindend — als bedingenden Umstand: „die Wahrheit und den Beweis[11]) des gegnerischen juris agendi.“[12]) Nur scheinbar erheblicher weicht Geib[13]) ab, wenn er konstruiert: Der Beklagte stelle das Verlangen an den Kläger, eventuell, nämlich für den Fall, dass er „seine Klage nicht schon wegen Unbeweisbarkeit fallen lassen sollte, auf die Klageforderung in Höhe der zur Kompensation gestellten Gegenforderung zu verzichten.“[14])

b, *a*) Was die erste Gruppe der zweiten Unterklasse angeht, so ist ihr ausser Stölzel[15]) noch das Oberlandesgericht

7) AG. I Berlin (b. Busch 10 p. 133). Inhaltlich gleich und auch mit doppelter Negation gefasst: Leonhard, Aufrechnung p. 152; Meisner, R. der Schuldverhältnisse Note 2 zu § 388 BGB.; der Referent in dem von Stölzel p. 217 cit. Falle.

8) Geib, Gerichtliche Komp. p. 115; desgl. Seuffert b. Busch 2 p. 288; etwas anders OLG Hamburg in Seufferts Arch. 48 p. 226: „falls der Klageanspruch sich als begründet herausstellen sollte.“

9) Kohler b. Busch 20 p. 16; desgl. Eisele, Komp. p. 371 (diese Formulierung passt nur für eine Theorie, wie sie Eisele [p. 381] vertritt, nach der Klage- wie Gegenforderung von dem Richter zunächst zugesprochen, dann für aufrechenbar erkannt und schliesslich aufgerechnet werden).

10) Eisele a. a. O. p. 382; desgl. Gaupp, Komm. I p. 297; Kompensationsvollz. p. 84; auch bei Stölzel p. 291. Nach Oertmann b. Busch 22 p. 30 ist die Eventualität: wofern der Beklagte des Kompensationsanspruchs zur Beseitigung der Klage bedürfen sollte.

11) Vgl. auch die bei Stölzel p. 298 cit. Arbeit.

12) Gensler im Arch. f. civ. Pr. 1 p. 279.

13) A. a. O. p. 78.

14) Das Kompensationsvorbringen birgt nach Geib (§ 4) eine Kompensationsvollzugs-, d. i. aber Verzichtsofferte. Geht Kläger auf diese Offerte nicht ein, so erfolgt seine Abweisung wegen dolus praesens. (Gegen diese Vollzugstheorie vgl. Oertmann im Arch. f. bürg. R. 13 p. 126; Kompensationsvollz. p. 31 Note 41).

15) p. 136, 137, 139, 141, 144 ff. („ob die Klageforderung zur Entstehung gelangt ist“), 150, 156, 187, 188.

Digitized by Google

Breslau[16]) zuzurechnen. Als bedingendes Ereignis sieht sie einhellig das Bestehen der Forderung des Kompensaten an.[17])

β) Die zweite Gruppe dieser Unterklasse bietet folgende Versionen: der Beklagte kompensiert für den Fall, dass dies „zur Überwindung der Klageforderung notwendig sein sollte,“[18]) oder dass „der klägerische Anspruch begründet ist,“[19]) oder „dass dem Kläger die eingeklagte Forderung zustehen sollte,“[20]) oder für den Fall der Wahrheit (und des Beweises) des gegnerischen juris agendi (vgl. a, β); nach Geib[21]): „für den Fall, dass Kläger die Bestreitung der Klageforderung seitens des Beklagten für irrelevant ansehen . . . sollte“, oder dass Kläger „sie zu beweisen sich getraue.“ Da man hiernach leicht zu der irrigen Ansicht kommen könnte, nach Geib werde die Aufrechnungsofferte, sobald diese Bedingungen eingetreten sind, zu einer definitiven, so sei erläuternd bemerkt, dass er die Kompensation zwangsweise nur durch rechtskräftige Abweisung der Klage auf Grund einer exceptio doli praesentis und, wie er an der hier massgebenden Stelle hervorhebt, nur unter der Voraussetzung des Bestehens der Klageforderung vollziehen lässt; dass er also implicite ausserdem das Bestehen der Klageforderung oder aber (vgl. a, β) die richterliche Entscheidung über die Klageforderung als Bedingung setzt.

Diese Gruppe, mit Ausnahme etwa Geib's, knüpft, wie schon in der Natur derartiger condicio in praesens liegt, das bedingende Ereignis an sich nicht an den schwebenden

16) In der Entsch. des RG. b. Gruchot 41 p. 947 ff.

17) Diese Konstruktion muss für Stölzel (neben der unten zu II betrachteten) als grundlegend angesehen werden; aus ihr wird hergeleitet, dass die Entscheidung über das Vorliegen der Bedingung im schwebenden Prozess nicht zu erfolgen brauche, und darauf beruht Stölzel's Theorie (vgl. bes. scharf p. 148/149).

18) Schollmeyer, Kompensationseinr. p. 97 (freilich möglicherweise auch als condicio in futurum gedacht!); desgl. Kohler b. Busch 20 p. 36.

19) Schwanert, Kompensation p. 65.

20) Daubenspeck, Ref. u. Vot. p. 146 Note 1. Die Bedingung des „Bestehens“ der Klageforderung erachten die Prot. 2. Les. BGB. I p. 224 für vorliegend; desgl. Eccius b. Gruchot p. 86.

21) A. a. O. p. 78.

Digitized by Google

Prozess. Wenn sie dennoch durchweg eine Entscheidung über das Bestehen (Bestandenhaben) der Klageforderung im schwebenden Prozess für nötig hält, so beruht dies auf anderen, hier nicht zu erörternden, freilich nicht stichhaltigen Gründen.[22])

II. Stölzel setzt die Eventualaufrechnung in Parallele mit der Vorbehaltszahlung und bezeichnet sie — man dürfte darin wohl seine Hauptansicht erblicken — als Aufrechnung ohne Schuldanerkennung,[23]) oder unter Bestreiten der Schuld;[24]) oder auch als Aufrechnung unter gleichzeitigem Protest wider die Anerkennung der Hauptforderung[25]), oder unter Verwahrung gegen die Annahme der Schuldanerkennung[26]). Dem scheint sich Eccius[27]) anzuschliessen. Die Bezeichnung Eventualaufrechnung wäre dann natürlich nicht am Platze.

Zwar findet sich noch bei Leonhard[28]) die Gegenüberstellung von Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung, sowie die Bezeichnung der letzteren als Aufrechnung unter Vorbehalt. Da jedoch der Vorbehalt von dem genannten Autor nicht als Ausschluss der Schuldanerkennung definiert wird, so bleibt Stölzel mit Eccius der einzige Vertreter dieser Klasse.

III. Auch für die dritte Klasse, die den Vorbehalt als Vertrag konstruiert, kann nur eine allerdings zweideutige Äusserung Stölzel's[29]) angeführt werden; er citiert einmal mit Bezug auf die „Eventualaufrechnung" das „negotium inter eos contractum est" der l. 2 pr. D. 12,6.

IV. Die behandelten drei Klassen umschliessen aber nicht alle Ansichten, die hier berücksichtigt werden müssen. Eine fernere sehr wichtige, und ganz eigenartige Auffassung muss in eine vierte Klasse eingegliedert werden.

Eine im gemeinen Recht noch sehr verbreitete, aber auch

---

22) Vgl. unten § 16.
23) p. 135 ff.
24) Z. B. p. 148.
25) p. 146.
26) p. 148.
27) A. a. O. p. 35/36.
28) A. a. O. p. 149 ff.
29) p. 154. Vgl. unten § 15 a. A.

Digitized by Google

dem preussischen Recht nicht unbekannte Lehre[30]) sieht in der sog. „Kompensationseinrede", das Mittel zur Vollziehung der Kompensation. Zumeist liegt ihr die Theorie vom richterlichen Aufrechnungsvollzuge, oder von dem anspruchsverfolgenden oder widerklageartigen Charakter des Aufrechnungsvorbringens zu Grunde. Aber z. B. auch Kohler, der einseitigen Aufrechnungsvollzug gestattet und erkannt hat,[31]) dass die Geltendmachung eines Exzeptionsrechtes, als welches er mehrfach irrtümlich das Aufrechnungsrecht bezeichnet,[32]) sich als materiell-rechtliches Rechtsgeschäft darstellt, stempelt die Aufrechnungserklärung in Verbindung mit ihrem Vorbringen im Prozesse zu einem prozessualen Tilgungsakt (contradictio in adjecto!) und zu einem prozessualischen Verteidigungsmittel[33]).

---

30) Vgl. hierzu: Kompensationsvollz. §§ 12, 14; ausser den dort für die herrschende Meinung cit. vgl. noch Koch, PreussPrR. (3. Aufl.) III p. 238; Pernice, Labeo II, 1 (2. Aufl.) p. 277; Planck, Komm. z. BGB. Note 1 zu § 388 (für das bisherige Recht). Dagegen noch Ryck, Schuldverh. p. 476/477; Planck a. a. O. (für das BGB.).

31) B. Busch 20 p. 2.

32) A. a. O.; neuestens b. Busch 24 p. 9, 18.

33) Neuestens bes. nachdrücklich b. Busch 24 p. 18 ff., (vgl. unten § 13 Note 65), wo er die „prozessualische" der „zivilistischen" Aufrechnung gegenüberstellt, und die erstere durch eine wahre Einrede, einen wahren Prozessakt vollziehen lässt. Kohler selbst bezeichnet eine solche Verquickung prozessualer und zivilistischer Formen und Rechtsinstitute als naturwidrig (p. 24). Dann bleibt doppelt unverständlich, warum er sie lehrt. Nach § 388 BGB. wird die Kompensation durch Erklärung vollzogen, die im Prozess oder aussergerichtlich abgegeben werden kann (Mot. II p. 106). Die Erhebung einer Einrede ist aber an sich keine „Willenserklärung" im materiellrechtlich-technischen Sinne und könnte jedenfalls mit einer ausserprozessualen Willenserklärung nicht in Vergleich gesetzt werden. Der Eventualcharakter der Aufrechnung lässt sich ohne jede Schwierigkeit aus der materiellrechtlichen Natur der Aufrechnung begreifen. Gerade jener angebliche rein prozessuale Charakter der Aufrechnung würde die Möglichkeit, einer alternativen Urteilsbegründung im Sinne Stölzel's aus dem Wege zu gehen (vgl. unten § 16), von vornherein abschneiden. — Dass auch Stölzel eine „Einredenatur" der Aufrechnung annimmt, vgl. unten § 14 Note 2; siehe ferner auch Cosack, Lehrb. des deutsch. BR.'s I, 1 § 111 (p. 360). — Die Frage, ob die in einem vorbereitenden Schriftsatz enthaltene Aufrechnungserklärung mit Zustellung dieses Schriftsatzes

Digitized by Google

Die besonders im gemeinen Rechte äusserst komplizierte wechselreiche Natur des Aufrechnungsvorbringens, das sich im Verlaufe des Prozesses so vielfältig durch sich selbst verändert und fortbildet,[34]) hat diese widersprechenden Ansichten hervorgerufen. Sie verstehen die Eventualaufrechnung im Prozesse als Vorbringen eines eventuellen prozessualischen Verteidigungs- oder (Gegen-) Angriffsmittels: die Eventualität wird dann im prozessualischen Sinne aufgefasst.

Auch hier erscheint die Bedingung, unter der die Aufrechnungseinrede erhoben ist, bald als condicio in futurum, bald als condicio in praesens.

a) als condicio in futurum in folgenden Fällen.

Die Einrede werde nur eventuell für den Fall geltend gemacht, dass die Hauptklage recht aus anderen Gründen abgewiesen wird[35]), dass die Forderung des Klägers vom Richter festgestellt werde, sollte[36]), dass der Richter die Gründe dieser Klage in Bezug für sich zu einer kondemnatorischen Sentenz gelangen[37]), dass es noch Klage erhebt, die Klageforderung zu beweisen[38]), ähnlich, dass das Kompensationsmittel vom Kläger zurückgewiesen, also

oder erst nach Vortrag in der mündlichen Verhandlung perfekt wird entscheidet sich wenn man die Aufrechnungserklärung nicht als den Prozess hindert, was sowohl nach gemeinem, wie nach preussischem, wie nach künftigem Reichs-Recht das anzuwendende Richtige ist, einzig darnach, ob man diese Erklärung dann in den sonstigen Inhalt des Schriftsatzes im Vorhinein, als ob man ihr gleichsam hätte beimessen Das letztere dürfte das Richtige sein. [illegible] Prozessordnung [illegible] Komm. z. d. Vorl. Zu [illegible] Verf. Bd. [illegible] Sachs. Arch. [illegible] die letztere oder [illegible] zweifelhaft. Dass die Prozessvorschrift ohne Weiteres auf [illegible] der Aufrechnung bevorzugten Fall hier [illegible] Stande die Aufrechnungseinrede nicht angenommen werde, [illegible] beziehe sich schwerende Unterstellung des Falls konnte [illegible] ausmachen. S. über [illegible]

34) [illegible]

35) [illegible] Bd. [illegible] Anmerk. [illegible] Bd. [illegible] [illegible] Bd. [illegible] [illegible] Bd. [illegible] [illegible]

36) [illegible] [illegible]

37) [illegible]

38) [illegible]

Digitized by Google

weil er den Beweis seiner Forderung führen konnte, der Antrag auf Verurteilung des Beklagten unvermindert aufrecht erhalten werden sollte“ [39]).

Kohler [40]) führt aus: „Wie es gestattet ist, die Klage eventuell so oder anders zu begründen, so ist auch eine verschiedenfache eventuelle Begründung des Klageabweisungsbegehrens gestattet. Und da nun die Kompensation als prozessualischer Tilgungsakt gleichfalls diesem Ziele zustrebt, so ist es begreiflich, dass auch sie in der eventuellen Weise gebracht werden kann, wie alle Verteidigungsmittel, nämlich das eine für den Fall des Misslingens des andern; das führt indirekt dahin, dass a) der Kompensationsakt bedingt vollbracht werden kann, und dass es b) per consequentiam gestattet ist, nur für den Fall, dass diese Bedingung zutrifft, also die Kompensation wirken soll, eine gerichtliche Entscheidung zu begehren“. Hier ist also aus der Möglichkeit eines eventuellen Charakters des prozessualischen Aktes (der Einrede) auf die Möglichkeit eines bedingten Charakters des Kompensationsaktes, der Aufrechnungserklärung geschlossen [41]).

Endlich sei noch Fitting als Vertreter derjenigen, die in der Kompensationseinrede eine anspruchsverfolgende Einrede erblicken, aufgeführt. Nach ihm erstrebt die Kompensationseinrede „die Befriedigung des Gegenanspruchs als Folge dieses Prozesses nur für den Fall, dass sich der Anspruch des Klägers als an sich berechtigt herausstellen sollte“ [42]); und weiter spricht er von einer „Bedingtheit der Abhängigkeit des Gegenanspruchs durch die Entscheidung über die Berechtigung des Klageanspruchs“ [43]).

b) Als Beispiele für Setzung einer condicio in praesens mögen folgende Äusserungen dienen: die Aufrechnungseinrede werde nur für den Fall erhoben, dass der Anspruch des

---

39) Ders. p. 78.

40) A. a. O. p. 36.

41) Das tritt noch schärfer in der Note 33 erwähnten neuesten Abhandlung zu Tage, die Kompensationsakt und Einrede schon identifiziert, d. h. die Aufrechnung — die alte Lehre im neuen Gewande — völlig verprozessualisiert.

42) RCPr. (7. Aufl.) p. 311, 319 (§ 55 II a. E.; § 56 III a. E.).

43) a. a. O. p. 319.

Digitized by Google

Klägers berechtigt sei[44]); der eventuelle Charakter der Kompensationseinrede bewirke, dass die Entscheidung über den Aufrechnungsanspruch vom Bestehen des der Klage zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses abhänge[45]); die Aufrechnungseinrede gelte „nur für den Fall vorgeschützt dass die Forderung selbst begründet erscheine“ (sei)[46]).

Ohne Bezug auf die aufgezählten vier Klassen sei zum Schluss erwähnt, dass nach Wilmowski-Levy[47]) durch einen eventuellen Kompensationseinwand der Aufrechnungswille noch nicht erklärt ist, und nach den Motiven zum BGB. 1. Entw.[48]) bei eventueller Aufrechnung eine unbedingte und unbetagte Kompensationserklärung vorliegt, die wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung zerfällt, wenn der Richter den eingeklagten Anspruch aus anderen Gründen für ungerechtfertigt erklärt[49]).

§ 11. Kritik der Ansichten.

Die Kritik der vorstehenden Ansichten kann kurz gefasst werden, da vielfach die Bezugnahme auf die entsprechenden Erörterungen des 1. Teils ausreicht.

Die Gruppen I b α und β, zu deren einer auch die aufgeführte Äusserung der Motive zum BGB. 1. Entw. zu rechnen sein dürfte, scheinen mit dem Hinweis darauf erledigt, dass die von ihnen angenommene Bedingung des Bestehens der Hauptforderung eine condicio juris, keine durch Privat-

---

44) Fitting a. a. O.

45) Gaupp, Komm. I p. 296; verwandt (negativ gefasst) Schollmeyer a. a. O. p. 32.

46) Gaupp a. a. O. u. p. 557.

47) Komm. Note 4 a. E. zu § 293 CPO.

48) II p. 108.

49) Der Vollständigkeit halber sei noch die in einer bei Stölzel p. 288 cit. Arbeit vertretene, der oben § 1 bei Note 15 ff. für die Vorbehaltszahlung aufgeführten analoge Ansicht erwähnt: bei Eventualzahlung behalte sich der Beklagte das Recht vor, die Gegenforderung ohne Weiteres einzuklagen; gegen diese Klage könne sich (wie das RG. b. Gruchot 41 p. 950 deklariert) der Kompensat nur durch den Nachweis schützen, dass ihm die Forderung zustehe (zugestanden habe).

Digitized by Google

willkür gesetzte Bedingung[1]) ist[2]), dass nach ihnen die Notwendigkeit und Zulässigkeit einer Entscheidung über das Bestandenhaben der illiquiden Klageforderung bei Liquidität der Gegenforderung wegfallen müsste, und sofortige alternativbegründete Abweisung[3]) geboten wäre[4]).

Es sei indes noch bemerkt: Für das römische und gemeine Recht ist nicht unbestritten[5]), ob bei Aufrechnung gegen eine Nichtschuld die Klage auf Zahlung des zur Aufrechnung verstellten Betrages an die Erfordernisse der condictio indebiti gebunden ist, oder nicht. Angenommen, es bedürfe dieser Erfordernisse, so läge darum noch nicht notwendig eine condictio indebiti oder ein ähnliches Gebilde vor[6]): es bliebe vielmehr selbst dann durchaus möglich, dass es die in Wahrheit nicht zur Aufrechnung gekommene Gegenforderung wäre, die bei Nichtbestandenhaben der Hauptforderung, allerdings nur unter den von der condictio indebiti her bekannten Bedingungen, eingeklagt werden könnte. Nur das könnte gefolgert werden: wenn hier diese Bedingungen gesetzt werden sollten, so würde sehr wahrscheinlich der gleiche Umstand, wie bei der condictio indebiti, den Anlass zu ihrer Normierung gegeben haben. Und dieser Umstand ist: Vermutung der Schenkungs- oder konstitutiven Anerkenntnisabsicht, oder

---

1) Vgl. z. B. Seufferts Arch. 48 p. 226; Hasenöhrl a. a. O. II p. 295; Geib a. a. O. p. 78. Auch Stölzel p. 170 oben: das Bestehen der Forderung ist begriffliche Voraussetzung der Aufrechnung.

2) So auch Prot. 2. Les. BGB. I p. 224; Planck, Komm. z. BGB. Note 2 zu § 388. Eccius bestreitet b. Gruchot p. 34, dass eine bedingte Aufrechnung vorliegt; als Aufrechnung unter condicio juris bezeichnet er sie nicht, wenngleich die Worte condicio legis p. 35 fallen. Vgl. Motive 1. Les. BGB. a. a. O. Neuestens auch Stölzel b. Busch 24 p. 78.

3) Die alternative Begründung ist nicht erforderlich, weil die condicio juris ausgesprochen ist, sondern nur, weil die Klageforderung bestritten ist.

4) Eine Konsequenz, die zwar z. B. Stölzel (§ 15) und das OLG. Breslau (a. a. O.) ziehen, die aber der herrschenden Meinung widerstreitet. Vgl. unten § 16.

5) Vgl. bes. Römer, Abhandl. aus dem röm. R. 1. Heft (1877) p. 96 ff.; Leonhard a. a. O. p. 14 ff.; Kompensationsvollz. p. 6, bes. Note 16.

6) A. A. Stölzel p. 137/138.

Digitized by Google

genauer: praesumtio juris, dass man das Nichtbestehen der Forderung gekannt oder an ihrem Bestehen gezweifelt habe, praesumtio juris et de jure, dass man bei „Aufrechnung“ trotz dieser Kenntnis nicht habe aufrechnen, sondern seine Gegenforderung schenkweise habe tilgen oder aber die Hauptforderung konstitutiv habe anerkennen wollen. Aber wie kann man seine Gegenforderung anders beseitigen, denn durch Verzicht? Und der Verzicht,[7]) wie das konstitutive Anerkenntnis,[8]) bedarf der Annahme![9])

Das erklärt auf das Einfachste, weshalb die Streitfrage, ob „condictio indebiti“ oder ursprüngliche Forderungsklage, nur im römischen Rechte und bezüglich der vertragsmässigen Aufrechnung aufgetaucht[10]) und zu dem Zwecke erörtert ist, um über den synallagmatischen Charakter des Aufrechnungs-

---

7) A. A. Meissels b. Grünhut 18 p. 716 ff. und dort cit.; vgl. auch Bacher b. Jhering 5 p. 224 ff.

8) Vgl. Bähr, Anerkennung § 44; Hasenöhrl a. a. O. II p. 294 und dort cit.

9) Dass es bei Verzicht auf den Klageanspruch und Anerkennung desselben im Prozesse keiner Annahme bedürfe, ist zu Unrecht herrschende Meinung. Vgl. bes. Wilmowski-Levy Note 1b zu § 277, Note 1 zu § 278; Struckmann-Koch Note 1; Seuffert, Komm. Note 1; Förster, Komm. Note 1 zu § 278; Petersen, Komm. I p. 473; Schollmeyer, Zwischenstr. p. 25; Wach, Arch. f. civ. Pr. 64 p. 244 u. dort cit.; Trutter, Proz. Rechtsgesch. p. 160, 432. Das Argument aus §§ 477, 529 CPO., die von prozessualen Akten handeln, dürfte schwerlich ausreichen. Durch Verzicht und Anerkenntnis werden die Vermögensverhältnisse des Gegners umgestaltet. Kann das über dessen Kopf hinweg geschehen? Das will die CPO. keineswegs gestatten, wie die Notwendigkeit eines Antrages in den §§ 277, 278 erweist. Daher erfordert die Annahme m. E. mit Recht v. Canstein b. Busch I p. 257 ff. (wo auch die weitschichtige Litteratur). Äusserstenfalls wäre die Ansicht zu rechtfertigen, dass das ganze Prozessrechtsverhältnis, das prozessuale Verhalten des Gegners, den Annahmewillen ausdrücke, sodass er nicht besonders ausgesprochen zu werden brauche. — Ganz verkehrt und unmotiviert ist die Ansicht Pollak's, Gerichtl. Geständnis p. 43 ff., nach der alle diese von ihm sogen. Dispositiverklärungen im Prozesse rein formal wirken, ohne Rücksicht auf den wahren Willen, die causa u. s. w. — Selbstverständlich kann einseitige Vollziehung des Verzichts auf die Gegenforderung gar nicht in Frage kommen (vgl. § 15 Note 3).

10) Dazu noch Rehbein, Entsch. III p. 68 ff. Note; StrA. 59 p. 40; 81 p. 39; 100 p. 141 und dort cit.; auch Eisele a. a. O. p. 387.

Digitized by Google

vertrags Klarheit zu gewinnen; ein Zweck, der durch diese Erörterung freilich nicht gefördert werden kann. Sowohl bei vertragsmässiger Aufrechnung, als bei einer gesetzlichen Aufrechnung, wie z. B. der des römischen Rechts, die durch Abschluss eines — in solutum zu gebenden — Verzichts vollzogen wird, ist es denkbar, dass unter der Form der Aufrechnung Rechtsgeschäfte wie Verzicht, Schenkung, konstitutives Anerkenntnis dissimuliert werden. Ganz anders aber bei Vollzug durch einseitige Erklärung. Keines der erwähnten Rechtsgeschäfte kann dann unter der Maske einer Aufrechnung abgeschlossen werden. Mithin kann auch keines dieser Rechtsgeschäfte — für den Fall der Nichtexistenz der Hauptforderung — gesetzlich vermutet werden.

Bei einer Form des Aufrechnungsvollzuges, wie sie das gemeine Recht bietet, ist der Untergang der Gegenforderung vom Bestehen der Forderung formell unabhängig; der Verzicht auf die Gegenforderung ermangelt bei ihrem Nichtbestehen einzig seiner causa.[11]) — Auch hier liegt es nach preussischem Recht[12]) u. BGB.[13]) völlig anders. Bewirkt einseitige Willenserklärung Aufrechnung, so ist damit natürlich nicht gesagt, dass einseitige Willenserklärung auch etwas anderes, als Aufrechnung zu bewirken vermöchte, und das wäre Tilgung der eigenen Forderung (Gegenforderung) ohne gleichzeitige Tilgung einer gegenüberstehenden kompensablen Forderung: Denn eine derartige Tilgung kennen wir nur in Form des Verzichtes. Die einseitige Erklärung verursacht, dass sich zwei Forderungen gegenseitig aufheben, so zwar, dass jede von beiden, indem sie die andere tilgt, selbst untergeht. Fehlt eine gegenüberstehende zu vernichtende Forderung, so ist eine Aufrechnung begrifflich unmöglich, und kann auch die Gegenforderung nicht untergehen.[14])

---

11) Anders bei dem synallagmatischen Kompensationsvertrag. Vgl. Kompensationsvollz. p. 5/6 und dort cit.; ferner Rehbein a. a. O. und Endemann, Einführung 3./4. Aufl. I (Berlin 1898) p. 649.

12) Vgl. Förster-Eccius a. a. O. II § 150 Note 39; Str.-A. 59 p. 40; 81 p. 39.

13) Prot. 2. Les. I p. 229; man erwäge auch, dass das BGB. eine cond. indeb. im eigentlichen Sinne garnicht mehr kennt (vgl hier § 3).

14) Vgl. Planck, Komm. z. BGB. Note 2 zu § 387 u. Note 2 zu

Digitized by Google

Bleibt demzufolge nach preussischem und künftigem Reichsrecht bei Nichtbestehen der Forderung auch die Gegenforderung bestehen, so erwächst allerdings im gemeinen Rechte diesenfalls — unter Tilgung der Gegenforderung — eine condictio, wobei es dahin gestellt bleiben kann, ob diese an die Erfordernisse der condictio indebiti gebunden ist (also eine quasi indebiti condictio darstellt) oder nicht.

Unser Ergebnis lautet:

Zum Begriffe der Aufrechnung gehört das Bestehen einer Forderung, gegen welche aufgerechnet wird. Dieses Bestehen ist also nach allen Vollzugsformen condicio juris der Aufrechnung als solcher.

Hingegen ist das Bestehen der Hauptforderung nach gemeinem Rechte nicht condicio juris für den Untergang der Gegenforderung: der Aufrechnungsakt nicht, wohl aber der Verzicht auf die Gegenforderung wird auch bei Ausfall jenes Umstandes vollzogen. Hier könnte die Zufügung der Bedingung: ich kompensiere, „wenn die Forderung besteht", einen guten Sinn und die Wirkung haben, dass der Verzicht und mithin die Tilgung der Gegenforderung nur eintritt, wenn die Hauptforderung besteht. Man darf davon ausgehen, dass die Bedingung, wenn sie derart formuliert erscheint, oft genug in diesem Sinne gemeint sein wird, dass man also im gemeinen Recht solchenfalls eine wirkliche (wenngleich nur in praesens) bedingte Aufrechnung, spezieller: eine Aufrechnung mit bedingtem Verzicht vor sich haben kann. Während bei der Vorbehaltszahlung eine bedingte Übereignung des Erfüllungsobjektes nicht ausführbar ist, kann bei der Vorbehaltsaufrechnung eine solche wohl stattfinden. — Im preussischen Recht und nach dem BGB. hingegen ist das Bestehen der Hauptforderung condicio juris wie für das Zustandekommen einer wirklichen Kompensation, so für die Tilgung der Gegenforderung.

---

§ 388. A. A. Stölzel p. 137/138, der augenscheinlich ein konstitutives Anerkenntnis voraussetzt; Cosack, Lehrb. d. D. Bürg. R.'s I, 1 § 111, und neuestens auch Kohler b. Busch 24 p. 20, 30, der diese angebliche Wirkung der „Aufrechnung" (die keine Aufrechnung ist) aus ihrer behaupteten, aber, wie oben (§ 9) gezeigt, nicht wirklichen Anweisungsnatur zu erklären sucht.

Digitized by Google

Es gilt eine Konstruktion der Vorbehaltsaufrechnung zu finden, die für alle Vollzugsformen, auch für das preussische und vor allem für das künftige Reichsrecht zutrifft. Dem genügen die hier betrachteten Theorien nicht, da sie bei einseitigem Aufrechnungsvollzug auf die völlig nichtssagende Annahme einer Aufrechnung mit condicio juris hinauslaufen. Schon aus diesem Grunde müssen sie verworfen werden.

Die übrigen zu den Gruppen Ib α und β gehörigen Ansichten, die Gruppen Ia α und β, und die zweite Klasse sollen demnächst in den §§ 12, 13 ihre Besprechung finden.

Wegen der dritten Klasse braucht nur auf die Ausführungen der §§ 2 und 3 (zu c) verwiesen und weiter bemerkt zu werden, dass auch der Umstand, der z. B. Neisser veranlasst, dem Vorbehalt bei der Zahlung Vertragsnatur zuzusprechen, bei der Aufrechnung, soweit sie durch einseitigen Rechtsakt vollzogen wird, wegfällt: die Aufrechnung selbst hat keine Vertragsnatur.

So wären wir bei der 4. Klasse angelangt.

Wird die Kompensationseinrede als ein prozessualisches Verteidigungsmittel wie andere, und die Eventualität ihrer Erhebung im prozessualischen Sinne gedacht, so erreicht diese Theorie ihren ausgesprochenen Zweck nicht. Sie soll erklären, warum der Richter trotz liquider Gegenforderung bei Illiquidität der Klageforderung über das Bestehen der letzteren entscheiden müsse und nicht schlechthin klagabweisend vorgehen dürfe. Wie Stölzel[15]) indes mit Recht ausführt, darf der Richter die prozessualische Eventualität, der die Angriffs- oder Verteidigungsmittel von den Parteien unterstellt sind, ignorieren; er ist an die Reihenfolge, in der die Parteien ihre Angriffs- oder Verteidigungsmittel berücksichtigt wünschen, nicht gebunden. — Wer allerdings in der sog. Aufrechnungs„einrede“ eine Widerklage erblickt, kann von diesem Vorwurf nicht betroffen werden; soweit eventuelle Klagen zulässig sind, müssen sie vom Richter als solche behandelt werden.[16])

15) § 2.

16) Vgl. § 16 c unter 1.

Digitized by Google

Es muss jedoch davon ausgegangen werden, dass dieser Klasse in Wahrheit ein ganz anderer Gedanke zu Grunde liegt, der nur infolge der zwieschlächtigen Natur der Aufrechnungs„einrede" verdunkelt und unklar zum Ausdruck gekommen ist. Auch wenn die Aufrechnung allein im Prozesse durchgeführt werden könnte: unter allen Umständen ist ihr Vorbringen keine blosse Allegation, sondern Disposition wie insbesondere Eisele[17]) mit Recht scharf betont, also ein materiell-rechtlicher Akt. Fasst man, wie z. B. Dernburg[18]) und Kohler,[19]) die Kompensations„einrede" als wahre Exception, so ist ihr Vorbringen gleich der Geltendmachung jedes Exceptionsrechtes, wenn auch möglicherweise äusserlich und zeitlich an den Prozess geknüpft, gleichfalls ein materiell-rechtlicher Akt[20]). Die Bedingtheit eines materiell-rechtlichen Aktes aber darf der Richter selbstverständlich nicht ignorieren, da er die Rechte der Parteien nicht umzuschaffen befugt ist.

Der eigentliche Grundgedanke tritt denn auch z. B. bei Schollmeyer, Kohler und Geib klar zu Tage, die alle drei durch anderweitige Definitionen auch der Gruppe I a β angehören. Kohler sowohl wie Geib haben, der erstere[21]) in seinem Kompensationsakt, der letztere[22]) in seinem „Kompensationsangebot" und seiner „Kompensationsvollzugsbereitschaft" den materiell-rechtlichen Teil des Kompensationsvorbringens erkannt. Zwar wird sich unten[23]) zeigen, dass die Bedingtheit des materiellen Kompensationsaktes einen eventuellen Charakter auch der prozessualen Bestandteile des Kompensationsvorbringens zur Folge hat. Das fällt jedoch bei der Konstruktion der eventuellen Aufrechnung nicht ins Gewicht. Man ist berechtigt, diese vierte Klasse einfach als eine Spielart der unter I a β und b β referierten Ansichten zu betrachten.

---

17) Kompensation p. 213, 223 ff., 228.

18) Pand. I § 137.

19) B. Busch 20 p. 2.

20) Vgl. Kompensationsvollz. §§ 25, 13.

21) A. a. O. p. 36.

22) A. a. O. bes. p. 42; 29 ff.; Arch. f. civ. Pr. 85 p. 177.

23) § 13 e.

Digitized by Google

§ 12. Vorbehaltsaufrechnung.

Die Deduktionen unseres § 3 drängen zu der Frage: giebt es nicht eine Vorbehaltsaufrechnung im Sinne einer Aufrechnung ohne Schuldanerkennung, ein Gegenstück zu der Vorbehaltszahlung? Stölzel[1]) bejaht die Frage und findet den häufigsten Fall der Vorbehaltsaufrechnung in der unter Bestreiten der Klageforderung im Prozesse erfolgenden Aufrechnung (obgleich er ihr Vorkommen ausserhalb des Prozesses auch für möglich erklärt[2])).

Wäre das zutreffend, so ergäbe sich — entsprechend unserer Auffassung der Vorbehaltszahlung — folgende Rechtslage.

Durch die Vorbehaltsaufrechnung würde der Beklagte den Anspruch des Klägers auf materielle Leistung sogleich definitiv tilgen, den Klageantrag insoweit erledigen. Der Anspruch auf Anerkennung der Hauptforderung und der durch die Leistung neu geschaffenen Vermögenslage wäre noch unbefriedigt. Er hätte indes eine nachträgliche Veränderung erlitten. Er ginge jetzt auf Anerkennung des Bestandenhabens der Hauptforderung im Augenblick der Aufrechnungserklärung; auf Anerkennung des Untergangs der Gegenforderung; auf Anerkennung der Rechtmässigkeit der durch die Aufrechnung geschaffenen Vermögenslage; kurz auf Verschaffung des Teils der Rechtsposition, der durch reine Aufrechnung gewährt und hier noch vorenthalten würde. Über ihn allein würde nach Klagänderung gemäss § 240 Ziff. 3 CPO. der Prozess fortdauern, falls Kläger die Gegenforderung einräumen und im Übrigen die Klage in der Hauptsache für erledigt erklären oder mit Zustimmung des Beklagten zurücknehmen würde. Die Kosten würden beim Obsiegen des Klägers in diesem Punkte ganz den Beklagten, der ja auch die unvollständige Surrogatleistung der Vorbehaltsaufrechnung erst nach Prozessbeginn gemacht hätte, anderenfalls ganz den Kläger treffen. Wenn der letztere die Gegenforderung bestritte, so würde er seinen Antrag auf materielle Leistung, auf Zahlung, aufrechterhalten. Beim Beweise des Bestehens der Gegenforderung wäre die Klage

1) § 15 ff.
2) p. 150 ff.

Digitized by Google

vollständig u. kostenpflichtig abzuweisen: denn der Antrag auf Zuerkennung des nicht gewährten Restes der zu verschaffenden Rechtsposition wäre nicht gestellt.

Diese Auffassung würde der Stölzel'schen zwar nicht innerlich, aber ihren äusseren Ergebnissen nach am nächsten kommen. Sie würde die Mängel, die letztere aufweist, nicht besitzen, vor allem nicht die Möglichkeit der Unmöglichkeit einer Klageänderung gemäss § 240 Ziff. 3 CPO. nach Erfüllung der Klageforderung behaupten.[3]) Denn hier wäre in Wahrheit ein Rest des Klageanspruchs noch unbefriedigt; und an diesem vollzöge sich zufolge der Vorbehaltsaufrechnung eine Veränderung im Sinne jener Bestimmung. Die Kostenentscheidung wäre die nach Stölzel allein der Billigkeit entsprechende.

Indes die Zulässigkeit einer solchen Vorbehaltsaufrechnung muss im Wesentlichen bestritten werden.

Enthält die reine Aufrechnung mit logischer Notwendigkeit gleich der reinen Zahlung ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis? Diese Frage ist an die Spitze zu stellen. Dass sie bejaht werden muss,[4]) erhellt schon aus der Natur der Aufrechnung als eines Erfüllungs-, eines Tilgungsmodus. Gegen eine nichtbestehende Forderung kann nicht aufgerechnet, denn sie kann nicht getilgt werden.[5])

Auch hier ist es freilich, das wurde schon[6]) ausgeführt, wie bei der Zahlung denkbar, dass ein konstitutives Anerkenntnis der Hauptforderung stattfindet,[7]) und gegen die

---

3) Vgl. unten § 17.

4) Bähr, Anerkennung p. 161 ff.; Eisele a. a. O. p. 370 ff.; auch Dernburg, der (Komp. 2. Aufl.) p. 535 nur wegen des Satzes „qui excipit non fatetur" bestreitet, dass der im Prozess kompensierende Beklagte die Forderung anerkenne, aber p. 595 annimmt, dass der Kompensationsvertrag beiderseitiges Anerkenntnis einschliesst und also, wenn er nicht durch die irrtümliche Auffassung des Kompensationsrechts als einer exceptio beeinflusst würde, und wenn er aussergerichtliche Geltendmachung der Aufrechnung zuliesse, der hier vorgetragenen Auffassung beistimmen müsste.

5) Vgl. § 11 a. A.

6) Im § 11.

7) Der Fall des donatorischen Verzichts ist hier ausser Acht zu lassen, da er ja die Vollziehung einer Aufrechnung ausschliesst.

Digitized by Google

solchergestalt gleichzeitig auf ein neues Fundament gestellte oder neugeschaffene Forderung aufgerechnet wird. Auch dann ist aber das Bestehen der Forderung des Schuldners (aus dem Anerkenntnis) notwendige logische Voraussetzung für eine Aufrechnung. Und die rechtliche Lage wird noch durchsichtiger, wenn man bedenkt: das konstitutive Anerkenntnis bedarf der Annahme durch den Gläubiger, denn es ist ein Vertrag.[8]) Es wird also nicht etwa durch die einseitige Aufrechnungserklärung selbst implicite vollzogen, sondern steht auch äusserlich selbständig neben dieser, ja muss ihr streng genommen zeitlich vorangehen.

Eccius[9]) behauptet neuestens der herrschenden Meinung, die mit Obigem übereinstimmt, zuwider, zum Begriff der Aufrechnung gehöre eine gleichzeitige Anerkennung der zu tilgenden Hauptforderung nicht. Ein solches Anerkenntnis sei ein möglicher aber nicht notwendiger Bestandteil der Aufrechnungserklärung. Einen Beweis hierfür bringt er mit Bezug auf das geltende Recht nicht. Im Gegenteil, er führt aus, dass ein Anerkenntnis selbst neben gleichzeitigem Bestreiten der thatsächlichen Grundlagen der Hauptforderung denkbar sei, und verweist zum Belege hierfür auf folgenden instruktiven Fall.

Beklagter bestreitet die Klageforderung, will aber die Aufnahme der zu Gebote stehenden Beweise womöglich vermeiden und erklärt daher unter Hervorhebung dieses Grundes: er rechne mit einer Gegenforderung auf. Eccius bemerkt mit Recht, dass der Beklagte hier bei Nichterweislichkeit seiner Gegenforderung nicht als anerkennend verurteilt werden könne; er konstruiert den Fall als Aufrechnung mit bedingter Schuldanerkennung.

Es ist zwischen den verschiedenen möglichen Anerkenntnissen zu differenzieren. Gewiss kann auch das deklaratorische Anerkenntnis als wichtiger materiell-rechtlicher Akt bedingt vollzogen werden; darauf wurde an früherer Stelle[10]) hingewiesen. Man könnte also vorliegend sagen: Der Beklagte

8) Vgl. § 11 Note 8 u. 9.

9) b. Gruchot p. 35 ff.; gegen ihn neuerdings auch Stölzel b. Busch 24 p. 101.

10) § 2 Note 6.

Digitized by Google

will die Forderung erst dann bestreiten (dann nicht mehr anerkennen), wenn die Gegenforderung nicht erwiesen wird; d. h. er giebt ein resolutiv-bedingtes deklaratorisches Schuldanerkenntnis ab, während ein suspensiv-bedingtes Anerkenntnis schon um deswillen nicht anzunehmen ist, weil sonst bis zum Eintritt der Bedingung die Beweiserhebung über die Klageforderung, die der Kompensat gerade vermeiden will, nicht verhindert würde. Wäre eine Aufrechnung mit derartigem resolutiv-bedingten Anerkenntnis zulässig? Dass die Gegenforderung dargethan wird, ist zwar nicht condicio juris der Aufrechnung, wohl aber ihrer Berücksichtigung im Prozesse und überhaupt im Streite der Parteien, u. zw. eine condicio juris, die sich im schwebenden Prozesse notwendig entscheiden muss. Wenn die Aufrechnung überhaupt Erheblichkeit für die Parteien gewinnt, so ist auch die Hauptforderung definitiv anerkannt: und mehr kann der Kompensat, so sollte man meinen, gewiss nicht verlangen. Man beachte indessen: die Bedingtheit des Anerkenntnisses verzögert hier den Prozess, insofern bei unbedingtem Anerkenntnis, reiner Aufrechnung, in der Regel eine Beweiserhebung über die Klageforderung ganz überflüssig wird. Sollte aber der Kompensant bei unbedingtem deklaratorischen Anerkenntnis nach Misslingen des Beweises der Gegenforderung nachträglich die Klageforderung noch bestreiten wollen, so würde er die Rechtsnachteile des § 261 CPO. (wenn man ein gerichtliches Geständnis annehmen zu dürfen glaubt,) oder wenigstens die Beweislast betreffs der Nichtexistenz der Klageforderung (da das deklaratorische Anerkenntnis jedenfalls eine Vermutung für ihre Existenz begründet) auf sich nehmen müssen, während bei bedingtem Anerkenntnis der hier fraglichen Art der Kläger auch ferner der Beweis seiner Forderung treffen würde. Vor allem ist aber festzuhalten, dass die Aufrechnungserklärung volle Erfüllung wirken würde erst im Augenblicke, wo das deklaratorische Anerkenntnis definitiv würde; sie würde unmittelbar einen anderen Erfolg herbeiführen, als die einfache Aufrechnungserklärung. Das Gesetz kennt aber, wie alsbald [11]) noch näher auszuführen ist, nur eine einige Aufrechnung durch einseitige Erklärung,

11) p. 133 ff.

Digitized by Google

die vollständige Erfüllung ist. Verschiedene Wirkungen durch einseitige Erklärung auslösen lassen, hiesse verschiedene Arten von Aufrechnung schaffen, hiesse die Zwangsaufrechnung aus einem durch das Gesetz fest geregelten Rechtsinstitut zu einem in einiger Hinsicht durch Willkür der Kompensanten zu gestaltenden Rechtsinstitut umformen. Das wäre aber zum Mindesten recht bedenklich! Eine solche Auffassung des Falles hätte überdies etwas gekünsteltes.

Man dürfte den psychologischen Vorgang, der dem von Eccius geschilderten äusseren Verhalten des Beklagten, falls dieser ehrlich ist, zu Grunde liegt, richtig folgendermassen beschreiben: Der Beklagte ist vom Bestehen der Schuld nicht überzeugt; er erklärt dies durch Bestreiten der Schuld. Die Beweiserhebung möchte er aber vermeiden. Er entschliesst sich daher, mag sie nun bestehen oder nicht, die Schuld als bestehend gelten zu lassen — ausser wenn ihm der Beweis der Gegenforderung, mit der er aufrechnet, misslingen sollte. Nicht ein nur deklaratorisches, sondern ein konstitutives Anerkenntnis giebt er unter der Resolutivbedingung des Nichtbeweisens seiner Gegenforderung ab; und ein konstitutives Anerkenntniss verträgt sich stets sehr wohl mit dem gleichzeitigen Bestreiten der eigentlichen Klageforderung, ja setzt im Grunde ein solches voraus. Hierauf scheint auch Eccius mit dem Satze, dass selbst neben dem Bestreiten der thatsächlichen Grundlagen der Klageforderung ein Anerkenntnis einhergehen könne, hindeuten zu wollen. Ebenso lässt dies seine Erörterung der Möglichkeit eines Anerkenntnisurteils entnehmen; denn das Anerkenntnis des § 278 (307) CPO. ist ein konstitutives.[12])

Während die reine Aufrechnung, wie schon dargethan, im Gegensatz zu der reinen Zahlung des gemeinen und preussischen Rechts keine Präsumtion eines Schenkungs- oder konstitutiven Anerkenntniswillens schafft, schliesst sie aus den

12) Vgl. z. B. Wilmowski-Levy Note 1 Abs. 1—4; Struckmann-Koch Note 1; Seuffert Note 1 zu § 278; Schollmeyer, Zwischenstreit p. 25; Hasenöhrl a. a. O. II p. 288 Note 21 und dort cit. Selbst v. Canstein, der dem (abstrakten) konstitutiven Anerkenntnis den Charakter eines allgemein anwendbaren Rechtsgeschäfts abspricht, vertritt hier den gleichen Standpunkt: b. Busch 1 p. 324 ff.

Digitized by Google

gleichen Gründen, wie die reine Zahlung, ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis ein.

Damit ist die Frage noch nicht entschieden, ob nur Aufrechnung unter Anerkennung der Hauptforderung, nicht aber eine etwaige Aufrechnung mit Vorbehalt, d. h. unter Bestreiten der Hauptforderung, wahre Aufrechnung ist. Auch hier kann im Wesentlichen auf die Ausführungen des 1. Teils Bezug genommen worden, die mutatis mutandis auf die Aufrechnung, wie jeglichen Erfüllungsmodus, zutreffen.

Die reine Aufrechnung verschafft dem Kompensaten Befreiung von seiner Schuld u. zw. derart, dass er hinfort nicht ihr Nichtbestehen (das Bestandenhaben der Hauptforderung), sondern der etwa Zahlung fordernde Kompensant ihr Bestehen (das Nichtbestandenhaben der Hauptforderung) nachzuweisen verpflichtet ist. Bei Aufrechnung unter gleichzeitigem Bestreiten der Hauptforderung verbleibt der Beweis, dass die Gegenforderung durch Aufrechnung getilgt ist, d. h. der Beweis der Hauptforderung, bei dem Kompensaten. Der Kompensant hat ja von vornherein bestritten, dass aufgerechnet sei, und nichts gethan, was die Beweislast bezüglich der Hauptforderung, die ursprünglich dem Kompensaten oblag, auf ihn zu verschieben geeignet wäre.

Was bei der Zahlung gilt, dass der mangels Schuldanerkennung vorenthaltene Teil der Rechtsposition eine bedeutende Tragweite besitzt, gilt hier in noch höherem Maasse: denn bei ersterer erhält der Gläubiger, auch wenn sie unter Vorbehalt vollzogen wird, die geschuldete Geldsumme zu Eigentum. Durch Kompensation mit Vorbehalt verändert sich in der Vermögenslage des Kompensaten mit greifbarer Sicherheit gar nichts. Der Kompensant kann nach wie vor die Gegenforderung beliebig einklagen; und nach wie vor muss der Kompensat, wenn er eine Verurteilung zur Zahlung vermeiden will, seine Forderung, d. h. ihre Existenz zur Zeit der Aufrechnungserklärung, erweisen. Nur in einem praktisch erheblichen Punkte träte eine Änderung ein: Wird die Gegenforderung eingeklagt, ohne dass eine Vorbehaltsaufrechnung vollzogen ist, so muss der Beklagte (Gläubiger der Hauptforderung) seinerseits die Aufrechnung erklären und das Bestehen

Digitized by Google

seiner Forderung zur Zeit dieser Aufrechnungserklärung darthun; bei Einklagung der Gegenforderung nach Vollziehung einer Vorbehaltsaufrechnung müsste er beweisen, dass der Kläger (Gläubiger der Gegenforderung) die Aufrechnung erklärt hat, und dass seine Forderung zur Zeit dieser Aufrechnungserklärung bestanden hat. Schwerlich dürfte Jemand behaupten, dass der Beklagte (Gläubiger der Hauptforderung) im letzteren Falle eine günstigere Stellung habe, als im ersteren. Wie könnte man unter diesen Umständen, bei Vorenthaltung eines so höchst wichtigen Teiles der durch reine Aufrechnung gewährten Rechtsposition, die Vorbehaltsaufrechnung als Erfüllung ansehen? Soll sich der klagende Gläubiger durch solche Aufrechnung rechtskräftig aus dem Felde schlagen lassen, ohne dass seine eingeklagte Forderung überhaupt festgestellt würde?

Nunmehr können wir urteilen, ob es eine Vorbehaltsaufrechnung giebt oder nicht. Kann solche Aufrechnung als wahre Aufrechnung, als vollständige Surrogaterfüllung nicht gelten, so ist sie, wie schon oben[13]) bei einem analogen Fall kurz hervorgehoben, als einseitiges Rechtsgeschäft, und überhaupt in den Formen der Zwangskompensation gar nicht möglich. Nirgend findet sich eine Vorschrift dahin, dass in den Formen der Zwangsaufrechnung etwas anderes als reine Aufrechnung, Aufrechnung mit allen der Aufrechnung natürlichen Wirkungen vollzogen werden könne. Die Zahlung ist bei ihrer Vertragsnatur unvollkommener oder sukzessiver Vollziehung fähig; sie kann sich auch äusserlich unmerklich in eine datio in solutum vertragswidriger Erfüllungsobjekte wandeln. Anders die Aufrechnung. Sie wird entweder unter den gesetzlichen Voraussetzungen genau in der gesetzlichen Weise, d. h. aber auch unter Anerkennung der Hauptforderung, vorgenommen — oder sie ist keine Aufrechnung, wenigstens keine compensatio necessaria, und bedarf der Vertragsform.[14])

---

13) p. 130/131.

14) Im französischen Recht schliesst allerdings die Aufrechnung keine Anerkennung ein, wenigstens die compensation légale nicht; die compensation légale ist aber auch keine Erfüllung — wenigstens kein der Erfüllung dienendes Rechtsgeschäft —, sondern eine spontane,

Digitized by Google

Auch das kommt in Betracht: Kein Beklagter plant eine Zerreissung der Aufrechnung in: a. Vorbehaltsaufrechnung, b. Schuldanerkennung. Er will einer Verurteilung in der Hauptsache vorbeugen und eine Entscheidung über seine Gegenforderung erwirken. Darüber hinaus den Rechtsstreit zu beeinflussen liegt ihm fern. Solche geänderte Anträge, wie wir sie für nötig halten müssten, dürften so wenig, wie die von Stölzel postulierten, schon jemals gestellt sein.

Gegen die Richtigkeit dieser Ausführung und für die Unwesentlichkeit des in der reinen Aufrechnung enthaltenen deklaratorischen Anerkenntnisses kann ein Argument für das künftige Reichsrecht nicht etwa mit Eccius[15]) daraus hergeleitet werden, dass die Redaktoren des BGB. durch das Verbot bedingter Aufrechnung die prozessuale Eventualaufrechnung nicht treffen wollten, und diese sicherlich auch nach dem BGB. gestattet ist. Denn weder fassten die Redaktoren die Eventualaufrechnung als Aufrechnung ohne Schuldanerkennung (Vorbehaltsaufrechnung) auf[16]), noch ist sie als solche anzusehen, wie sich demnächst[17]) herausstellen wird.

Wir haben bisher von spontaner Vorbehaltsaufrechnung gehandelt. Giebt es eine nicht-spontane Vorbehaltsaufrechnung, die, gleich der nicht-spontanen Vorbehaltszahlung, obwohl sie unvollständige Erfüllung ist, aufgenötigt werden kann? Ob dies für den Fall zu bejahen ist, wo zur Vermeidung eines Verwaltungszwangsverfahrens kompensiert wird, (wobei die bekannte Beschränkung in Betracht kommen würde)[18]), mag hier dahin gestellt bleiben; dagegen sprechen die gegen jede Zulassung verschiedener Arten von Aufrechnung ange-

---

der Willkür der Parteien entzogene, gegenseitige Vernichtung der Forderungen, bei der weder ein Kompensant noch ein Kompensat auftritt. Sie, ist ein von dem Rechtsgeschäft der Aufrechnung, wie es im gemeinen, preussischen und künftigen Reichsrecht ausgebildet ist, grundsätzlich verschiedenes Institut.

15) A. a. O. p. 37.

16) Vgl. § 10 Note 20, 48; § 11 Note 2.

17) § 13.

18) Vgl. Windscheid, Pand. II § 350 Nr. 7; ALR. I 16 §§ 368, 369; BGB. § 395.

Digitized by Google

führten Bedenken[1]. Das Nämliche gilt bei Aufrechnung zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil. Doch könnte diese Aufrechnung jedenfalls nur in Ausnahmefällen im Wege der Klage aus § 686 (767) CPO.[2] und für die Regel einzig durch Geltendmachung im weiteren Verlauf des Prozesses (§§ 307 (342). 491 Abs. 2

[1] Diese Bedenken werden hier nicht, wie bei nicht-spontaner Vorbehaltszahlung, durch den Hinweis behoben, dass der Gläubiger ja durch Zwangsbetreibung sowieso nicht mehr erhalten würde: er würde etwas anderes und oft mehr, d. h. etwas Wertvolleres, nämlich Zahlung erhalten.

[2] Nicht regelmässig, wie Leonhard a. a. O. p. 151 vgl. auch RG. 13 p. 361; Petersen, Komm. I p. 467 will. Die Aufrechnung kann mit Vorbehalt gegen ein vorläufig vollstreckbares Urteil nur geltend gemacht werden, wenn gleichzeitig das zulässige Rechtsmittel, Einspruch, Berufung, Revision eingelegt oder das vorbehaltene besondere Verfahren §§ 502, 503 angenommen wird; denn gegen die rechtskräftig anerkannte Kageforderung wäre Vorbehaltsaufrechnung ein Unsinn. Im Falle der Zulässigkeit des Einspruchs ist aber § 686 nach ausdrücklicher Vorschrift ausgeschlossen; dagegen ist er anwendbar, wenn die §§ 502, 503 Platz greifen, vgl. Prot. der R. J. Komm. p. 306; Hahn I p. 317; Sintenis-Gaupp II p. 216. Bei Aufrechnung durch Berufung könnte man zweifeln. Für die Regel ist die Klage aus § 686 versagt, wenn Berufung eingelegt ist, wie ja hier notwendig vorausgesetzt; nicht schon, wenn Berufung zulässig ist; vgl. die oben cit. Es ist indes auf § 491 Abs. 2 CPO. zu verweisen und zu argumentieren: War der Beklagte im Stande, schon in erster Instanz aufzurechnen, so war eben die erstinstanzliche Verhandlung diejenige, in der er spätestens hätte aufrechnen müssen. Wurde ihm die Klage aus § 686 abgeschnitten, so könnte er die verzögerte Aufrechnung überhaupt nicht zur Berücksichtigung bringen. Dagegen darf nicht eingewendet werden, dann finde ja — in bestimmten Grenzen — eine Aufhebung des rechtskräftigen Urteils des Hauptprozesses statt, stehe mit Erfolg gerade geltend gemacht werde, dass der Klageanspruch zur Zeit des Urteilserlasses in der Berufungsinstanz nicht mehr bestand. Das Gleiche trifft z. B. im Falle der Revision ein, wenn die Gründe, auf die die Klage aus § 686 gestützt wird, erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz entstanden sind. Die CPO. hält eben nur mit bestimmten Einschränkungen (z. B. § 491 Abs. 2, 511, 545 CPO.) dem Prinzip: omnia judicia absolutoria esse. — Es ergibt sich hiernach, dass die Klage aus § 686 CPO. zur Durchführung der Vorbehaltsaufrechnung nur im Falle des § 491 Abs. 2 CPO. und dann, wenn die Rechtskraft des vorläufig vollstreckbaren Urteils durch Revision gehemmt ist, gegeben ist. Nach dem Gesetz betreffend Änderungen der

Digitized by Google

(529 Abs. 3), 503 (541), 563 (600) CPO.) und Einstellung der Vollstreckung gemäss § 657 (719), 655 (717), 651 (712) CPO. durchgesetzt werden; auch wäre sie um nichts praktikabler, als die Eventualaufrechnung, und mithin überflüssig.

Leonhard[21], dessen sonst vortreffliche Darlegungen an dem Mangel einer Scheidung zwischen der Eventualaufrechnung und einer möglichen Aufrechnung mit Vorbehalt leiden, führt aus: bei der Aufrechnung werde ein Vorbehalt nicht nur, wie bei der Zahlung, durch die Furcht vor alsbaldiger Vollstreckung, sondern auch schon durch das Interesse, nicht verurteilt zu werden, gerechtfertigt. Bei Aufrechnung unter Bestreitung der Schuld im Prozesse liegt jedoch, wie sich alsbald herausstellen wird, keine Vorbehaltsaufrechnung in dem hier behandelten Sinne vor, die auch keinesfalls als Erfüllung gelten könnte. Hätte Leonhard mit seiner Auffassung der Eventualaufrechnung und ihres Erfüllungscharakters Recht, so könnte an dem von Stölzel in seiner „Eventualaufrechnung" gefundenen Resultate nicht gerüttelt werden.

§ 13. Eventualaufrechnung.

a) Allgemeines.

Das Angebot spontaner Vorbehaltszahlung ist im Prozesse eine Seltenheit, wenn nicht unerhört. Geltendmachung einer Gegenforderung zum Zwecke eventueller Aufrechnung ist im Prozesse ungemein häufig: man darf sagen: sie bildet die Regel dann, wenn der Beklagte überhaupt eine Gegenforderung zu besitzen vermeint oder behauptet und die Klageforderung nicht anerkennen will. Woher der Unterschied? Wird die Vorbehaltszahlung angenommen, und der Prozess nur über das Anerkenntnis fortgesetzt, so treffen den Beklagten, wenn er noch zur Leistung des Anerkenntnisses verurteilt wird, trotz der Vorbehaltszahlung alle Kosten. Genau entsprechend verhält es sich bei der Eventualaufrechnung: auch hier treffen

CPO., das den § 491 Abs. 2 in der hier fragl. Hinsicht beseitigt (§ 529 Abs. 3), kann sie nur noch im Falle der Revision stattfinden. — Wie Leonhard neuestens auch Kohler b. Busch 24 p. 22.

21) A. a. O. p. 150 ff.

Digitized by Google

wie sich weiter unten[1]) ergeben wird, wenigstens in dem reinen Falle, den Beklagten trotz seiner Eventualaufrechnung die gesamten Kosten. Was veranlasst ihn, die Eventualaufrechnung dennoch vorzunehmen[2])? Die Antwort ist unschwer: Zahlung kann noch in der Exekutionsinstanz vollzogen werden, so zwar, dass sie die Exekution ausschliesst; deshalb reicht es aus, wenn dort Vorbehaltszahlung zugelassen wird. Aufrechnung kann die Zwangsvollstreckung wenigstens nicht in den einfachen Formen des § 691 (775) CPO. hindern; sie kann nur eine Klage aus § 686 (767) CPO. begründen, und bei vorläufiger Vollstreckbarkeit des Urteils für die Regel nur zu nachträglicher Einstellung und Aufhebung der Vollstreckung führen[3]). Der Beklagte, der die Klageforderung bestreitet, aber auch für den Fall, dass sie dem Kläger zugesprochen wird, eine Zahlung keinesfalls leisten will oder kann und der Exekution aus dem Wege zu gehen wünscht, muss ein Mittel haben, diesen Zweck vollständig und ohne die Notwendigkeit eines neuen Prozesses oder besonderer Anträge und sonstiger Weiterungen zu erreichen; denn er besitzt ein Recht auf Erfüllung durch Aufrechnung, das ihm nur deshalb, weil er seine Schuld bestreitet, nicht genommen oder erschwert werden kann. Dies Mittel ist die Eventual-Aufrechnung. Wenngleich dem Kompensanten, falls die thatsächlichen Grundlagen der Aufrechnungseinrede unbestritten bleiben, die Kostenlast zufällt, bietet ihm solche Aufrechnung zumeist noch ungemeine Vorteile. Es erfolgt eine richterliche u. zw. rechtskräftige Entscheidung über seine Gegenforderung. Der Kläger wird mit seinem Anspruch in der Hauptsache abgewiesen, erhält also ausser im Kostenpunkte keinen vollstreckbaren Titel gegen ihn. Und die Kosten müsste der Kompensant ja auch tragen, wenn nicht aufgerechnet, und nach dem Klageantrage erkannt würde. Er entgeht einer

1) § 19.

2) Dass man sich zur Eventualaufrechnung leichter als zur Vorbehaltszahlung entschliesst, da man ja ein materielles Vermögensstück nicht aufs Spiel setzt und eine Gefährdung nicht eintritt, braucht hier nicht erwähnt zu werden.

3) § 12 Note 20.

Digitized by Google

Zwangsvollstreckung und braucht nicht zu zahlen. Er ist der Anstellung eines Prozesses aus § 686 (767) CPO. bezw. der Bemühungen um Aufhebung oder Einstellung der Vollstreckung überhoben.

Dass dem Beklagten aus diesen Gründen das Recht auf Vollziehung einer Aufrechnung trotz Bestreitens der Klagforderung, einer Eventualaufrechnung eingeräumt werden müsse, ist unbezweifelt. Was man aber unter Eventualaufrechnung zu verstehen hat, ist, wie § 10 ergab, keineswegs unzweifelhaft.

Man vergesse einen Augenblick die leicht irreführende Bezeichnung Kompensations„einrede", sowie die noch verwirrendere Eigentümlichkeit des Erfüllungsmodus der Aufrechnung, stelle sich vor, dass die Gegenforderung eine körperliche Sache (Erfüllungsobjekt) sei, etwa der Schuldschein, und versetze sich in die Seele des Beklagten.

Er sieht sich einer Forderung gegenüber, die nach seiner Ansicht nicht begründet ist. Was kann für ihn bequemer sein, als sich auf das Bestreiten, sein gutes Recht, und auf das Vorbringen etwaiger Einwände (prozessualischer Einreden) oder Exzeptionen zu beschränken? Warum sollte er seine Gegenforderung für nichts und wieder nichts — wie er bei Vorbehaltsaufrechnung thun müsste — ins Ungewisse stellen? Warum sollte er sich bemühen, dem Kläger den Beweis der Klageforderung, der ja doch einmal erhoben werden muss, abzuschneiden? Weshalb sollte er durch Vorbehaltsaufrechnung, wenn auch nur unvollständig, erfüllen? Wer ist geneigt, im Verlaufe eines Prozesses (wenn auch mit Vorbehalt) zu zahlen, falls die Begründung der Klage noch völlig aussteht? Hiesse aufrechnen den Schuldschein, die inkorporirte Gegenforderung aushändigen: welcher Beklagte würde sich dazu vor Beginn der Verhandlung über die Hauptforderung entschliessen? Ist Aufrechnung aber nicht als Erfüllung der Zahlung höchst verwandt?

Und doch wird die eventuelle Aufrechnungs„einrede" oft genug gleich im ersten Termine neben dem Bestreiten und „anderen" Einreden vorgebracht! Wie erklärt sich das?

Vollständig sicher ist der Beklagte seiner Sache von

Digitized by Google

Anfang an nicht. Kann nicht sein Bestreiten als unsubstanziiert, sein sonstiges Vorbringen als unerheblich angesehen werden? Er will eine Verurteilung aber jedenfalls vermeiden!

Wenn er sonst, sei es jetzt, sei es künftig verurteilt werden würde, will er rasch vorgreifend aufrechnen, nur das heischt sein Interesse, nur das lässt sein wohlverstandenes Interesse zu.

Dasjenige Ereignis, das sonst seine Verurteilung nach sich ziehen müsste, löst seinen dann vollkräftigen, unbeschränkten Aufrechnungswillen aus, der vorher unbedingt noch nicht vorhanden war, und beim Nichteintritt dieses Ereignisses überhaupt garnicht vorgelegen hat, wie Wilmowski-Levy[4]) richtig erkennen.

Welches Ereignis ist dies? Der Umstand, dass der Klaganspruch an und für sich begründet ist[5])? So kann der Gedanke des Kompensanten nicht lauten: Dann läge ein von der Vorbehaltsaufrechnung kaum verschiedenes Gebilde vor. Die gegen die Zulässigkeit einer Vorbehaltsaufrechnung vorgebrachten Gründe treffen mit geringfügiger Abweichung hier und überhaupt bei allen eine condicio in praesens setzenden Auffassungen zu.

b) Konstruktion mit condicio in futurum collata.

Es bleibt von den im § 10 aufgeführten Ansichten einzig noch die unter Ia übrig. Sie dürfte dem unbefangenen Blick ohne Weiteres am meisten einleuchten und die Annahme, dass sie dem Willen des Kompensanten am besten entspreche, liegt schon darum nahe, weil sie als die verbreitetste der Ansichten angesehen werden darf und von fast allen in Betracht kommenden Schriftstellern, wenn auch oft nur gleichzeitig mit anderen Theorien, vertreten wird.

Kann aber auf Erfüllung einer suspensiv-bedingt getilgten Forderung geklagt werden? Das ist Voraussetzung für die Brauchbarkeit dieser Konstruktion! Anderenfalls

4) Note 4 a. E. zu § 293 CPO.; vgl. Stölzel p. 148: „der Wille, aufzurechnen, hat einen eventuellen Charakter".

5) Da es sich hier um die prozessualische Begründung handelt, liegt keine condicio juris („wenn besteht") vor.

Digitized by Google

könnte nach Vollziehung der Eventualaufrechnung die Klage nicht weiter verfolgt werden: es müsste sogleich alternativbegründete Abweisung (entweder der Anspruch besteht überhaupt nicht, oder er ist suspensiv-bedingt getilgt) stattfinden.

Gleichgültig, welcher Bedingungstheorie, welcher Meinung über das Wesen des Schwebezustandes man huldigt, nach allen folgt gleichmässig: Bestehen der Forderung vorausgesetzt ist nach Vollziehung suspensiv-bedingter Tilgung ungewiss entweder, ob nicht die Forderung schon gegenwärtig erfüllt ist, oder wenigstens, ob sie nicht künftig erfüllt sein wird. Wie ist aber dieser Zustand der Forderung zu charakterisieren? Enneccerus wendet sich[6]) für den verwandten Fall der bedingten Novation gegen die verbreitete[7]) Ansicht, die suspensiv-bedingt aufgehobene Forderung werde zu einer suspensivbedingten Forderung. Nach ihm ist „eine Verwandlung einer unbedingten Obligation in eine zwar nicht eigentlich bedingte, aber doch einer bedingten ähnliche, nämlich schwebende Obligation als lediglich aufhebender Akt (nur) denkbar bei Annahme voller Rückwirkung", wobei er einzig die Suspensivbedingung im Auge hat. Eine solche Rückwirkung würde bei bedingter Aufrechnung wenigstens in den Rechten, die eine Zurückziehung der Aufrechnung statuieren, zweifelsohne anzunehmen sein.[8]) Dennoch muss man sich der Auffassung widersetzen, dass durch bedingte Aufrechnung die Forderung (und Gegenforderung) in eine suspensiv-bedingte oder dergleichen umgewandelt würde.

Die Wahrheit ist, dass sie (gleich der Gegenforderung) Kraft und Art einer resolutiv-bedingten Forderung erhält und zwar gleichgültig, ob Rückwirkung stattfindet oder nicht. Selbstverständlich wird durch suspensiv-bedingte Tilgung nicht die „Entstehung" der Forderung ins Ungewisse gestellt, wohl aber ihr Fortbestehen, ihr „Bestand", und das ist ja z. B. nach Arndts[9]) und Scheurl[10]) das Wesen der Resolutivbedingung.

6) Rechtsgeschäft p. 536 ff., 560.

7) Litteratur dazu bei Römer, bedingte Nov. p. 85 ff.

8) Vgl. auch Stölzel p. 144.

9) Pand. § 67.

10) Nebenbestimm. p. 9 ff., 75, 85 ff., bes. § 28 ff.; ferner Böcking, Pand. § 111, nach dem bei Suspensivbedingung das Existentwerden,

Digitized by Google

— Die nachträgliche Zufügung von Bedingungen wird allgemein als zulässig anerkannt. Erfüllung ist ein auf Aufhebung der Forderung gerichtetes Rechtsgeschäft. Die suspensiv-bedingt erfüllte Forderung ist eine Forderung, der ein auf Aufhebung der Forderung gerichtetes suspensiv-bedingtes Rechtsgeschäft nachträglich beigefügt ist: somit dürfen diejenigen, die in der Resolutivbedingung eine auf Aufhebung gerichtete Nebenwillenserklärung erblicken,[11]) am Wenigsten gegen obige These streiten. — Aber auch, wer jeden Wesensunterschied zwischen Suspensiv- und Resolutiv-Bedingung leugnet, und nur eine verschiedenartige Regelung des bis zur Entscheidung der Bedingung bestehenden Interimistikums annimmt,[12]) findet bei dieser Auffassung seine Rechnung. Wenn Enneccerus[13]) hinzufügt: freilich würde sich jene pendente Obligation jedenfalls von der suspensiv-bedingten Obligation wesentlich dadurch unterscheiden, dass bei dieser wegen Ungewissheit des Entstandenseins der Obligation die Annahme des Nichtentstandenseins, während im vorliegenden Falle wegen Ungewissheit der Aufhebung die Annahme die Fortdauer prävalieren müsste, so stellt er sich damit im Grunde auf den hier verfochtenen Standpunkt. — Zu dem nämlichen Resultate kommt man endlich auch, wenn man das Wesen des resolutiv-bedingten Rechtes darin sieht, dass es einem gewissen künftigen Ereignisse gegenüber seine Existenz nicht zu behaupten vermöchte. Nachdem bedingt erfüllt ist, hängt die definitive Vernichtung der Forderung nur noch vom Eintritt der dem Erfüllungsgeschäft beigefügten Suspensivbedingung ab.

Mithin ergiebt sich: die suspensiv-bedingt getilgte For-

---

bei Resolutivbedingung das Existentbleiben von der Bedingung abhängt.

11) Vgl. Thibaut, Civil. Abhandl. p. 360 ff.; Vangerow, Pand. (7. Aufl.) I p. 149; Windscheid, Pand. § 86 und dort cit.; Köppen b. Jhering 11 p. 190 ff.; Schulin, über Resolutivbed. p. 50 ff. und dort cit.; Dernburg, Pand. I § 106; Kuhlenbeck, Von den Pand. zum BGB. I p. 373 ff. (für das bisherige Recht).

12) Salkowski, Novation p. 442 ff.; vgl. auch Enneccerus a. a. O. p. 238 ff. (Pendenz der Rechte mit provisorischer Regelung); Reinhold, L. v. d. Klaggr. p. 100.

13) p. 537/538.

Digitized by Google

derung steht nicht einer unter die entgegengesetzte Suspensivbedingung, sondern einer unter die nämliche, aber mit resolutiver Kraft ausgestatteten Bedingung verstellten Forderung gleich, wobei natürlich der Eintritt oder Ausfall der Resolutivbedingung nicht über die Existenz der Forderung überhaupt, sondern nur über ihre Existenz von dem Zeitpunkte des Vollzuges der bedingten Erfüllung ab entscheidet.[14]) Die Forderung, gegen welche suspensiv-bedingte Aufrechnung erklärt ist, ist gleich der Gegenforderung, mit welcher solche Aufrechnung vollzogen wird — denn diese hat ganz das gleiche Schicksal wie jene — einer resolutiv-bedingten gleich zu behandeln. Da aber ein pactum de non petendo, wie bei der suspensiv-bedingten Zahlung und Novation, hier nicht zu Stande gekommen sein kann, darf sie ebenso wie die Gegenforderung noch eingeklagt werden. Doch sind beide Forderungen bei Eintritt der Bedingung auf alle Fälle, gleichgültig, ob sie etwa inzwischen mit Erfolg eingeklagt, oder anderweit erfüllt sind, durch die Aufrechnung getilgt: Nur in diesem Sinne ist es richtig, von einer durch die bedingte Aufrechnung bewirkten Bindung oder Gebundenheit der Forderung[15]) oder Gegenforderung[16]) zu reden.

Man darf gegen obige Konstruktion nicht anführen, auch suspensiv-bedingte Erfüllung setze, ebenso, wie resolutivbedingte Erfüllung, eine zu erfüllende Forderung voraus,[17]) wer suspensiv-bedingt kompensiere, erkenne damit deklaratorisch die Forderung als bestehend an; die Beweiserhebung über die Forderung erübrige, wenigstens werde die Beweislast in diesem Punkte auf den Kompensanten übergewälzt.

Wer resolutiv-bedingt zahlt, schafft damit allerdings zunächst notwendig denselben Zustand wie bei unbedingter Zahlung; also auch bezüglich des deklaratorischen Anerkenntnisses der Forderung. Zwar ist es möglich, dass er dieses Anerkenntnis ebenfalls nur resolutiv-bedingt abgiebt, nicht

14) Es folgt ohne Weiteres, dass umgekehrt bei resolutiv-bedingter Erfüllung die solchergestalt erfüllte Forderung Natur und Kraft einer suspensiv-bedingten erwirbt.

15) Prot. 2. Les. BGB. I p. 365/366.

16) Stölzel p. 148 oben, 151; Eccius b. Gruchot p. 37.

17) Zu dem Folgenden vgl. § 2 Note 6.

Digitized by Google

aber darf er es sogleich gänzlich ausschliessen: denn sonst läge keine vollständige resolutiv-bedingte Zahlung, sondern nur eine resolutiv-bedingte Vorbehaltszahlung vor, bei der die Resolutivbedingung gänzlich überflüssig wäre. Wollte man hingegen selbst davon ausgehen, dass der suspensiv-bedingten Aufrechnung gleichzeitig eine allgemeine Verwahrung gegen das sonst freilich zu vermutende deklaratorische Anerkenntnis hinzugesetzt werde, so würde damit doch die Bedingung nicht überflüssig werden; denn eine sofortige unbedingte Aufrechnung mit Vorbehalt kann, wie oben dargethan, in den Formen der Zwangsaufrechnung nicht vorgenommen werden. Der „Vorbehalt" allein verschaffte also nicht die Vorteile der Eventualaufrechnung. Ein solcher allgemeiner Vorbehalt kann indes auch nicht als gewollt angesehen werden. Wer suspensiv-bedingt aufrechnet, will die durch Erfüllung zu gewährende Position nur bei Eintritt der Bedingung, dann muss er sie — da es eine unvollständige Aufrechnung nicht giebt — aber vollständig einräumen. Er muss daher auch wenigstens ein suspensiv-bedingtes deklaratorisches Anerkenntnis der Klageforderung oder besser ein deklaratorisches Anerkenntnis der Klageforderung, soweit er sie erfüllt, d. h. ein Anerkenntnis dahin, dass sie existiert, wenn die Bedingung eintritt, vollziehen. Wenn man die Annahme eines sofortigen, unbedingten und unbeschränkten deklaratorischen Anerkenntnisses vermeiden will, darf man allerdings nicht reine bedingte Erfüllung vollziehen, sondern muss sich gegen diese sonst Platz greifende Annahme verwahren. Das thut aber der im Prozess eventuell Aufrechnende stets, indem er die Klageforderung gleichzeitig bestreitet.

Ein derartiges Anerkenntnis kann aber die Beweiserhebung über das Bestandenhaben der Klageforderung nicht ausschliessen und ebensowenig eine Verschiebung der Beweislast bewirken.

Welches ist nun das bedingende Ereignis?

Man könnte zunächst an die Formulierung denken: „wenn der Richter die Klageforderung im Übrigen für festgestellt erachten würde." Sie ist jedoch nicht annehmbar. Tritt die Aufrechnung erst ein, nachdem der Richter die Klageforderung

Digitized by Google

bereits als begründet erkannt hat, so kann sie keine Berücksichtigung mehr finden. Den Richter trennt dann vom Erlass des Urteils nur noch der eine Schluss: wenn die Forderung begründet ist, so muss ich nach dem Klageantrag erkennen. Nur, was auf diesen Schluss Bezug haben kann, darf er dann vor Erlass des Urteils noch berücksichtigen. Solang die mündliche Verhandlung noch nicht beendet ist, solang er sich noch mit dem Prozessstoff, dem Parteivorbringen beschäftigt, solang hat er die Klageforderung noch nicht endgültig für begründet erachtet, solang liegt also auch noch keine Aufrechnung vor; denn es dürfte Keinem beikommen, eine etwaige nur vorübergehende, nur vorläufige Meinung des Richters zur Bedingung setzen zu wollen. Niemand aber kann den Richter, nachdem er mit seinem Urteil über die Klageforderung zum Abschluss gelangt ist, — durch Vollziehung einer Aufrechnung — zwingen, nochmals in die Verhandlung oder Würdigung der Sache selbst einzutreten.[18]) Bei solcher Bedingung würde auch einzig die Ansicht des ersten Richters über den Bestand der Klagforderung entscheiden, es könnte eine etwaige andere Ansicht, ein abweichendes Resultat der Berufungsinstanz an der Abgabe einer definitiven Aufrechnungserklärung nichts ändern, der Beklagte könnte auf die Irrtümlichkeit der richterlichen Ansicht kein Rechtsmittel stützen.

Nicht die Thatsache der richterlichen Überzeugung, wohl aber die Thatsache, welche diese richterliche Überzeugung nach dem Gesetze hervorzurufen geeignet und bestimmt ist, kann mit dem vom Kompensanten erstrebten Erfolg zur Bedingung verstellt werden: Der Beklagte will aufrechnen für den Fall, dass der Kläger seinen Anspruch (im Übrigen) als begründet darthun wird, für den Fall, dass ein derartiges Bestreiten und etwaige sonstige Einreden des Beklagten sich als unbegründet herausstellen werden. Ob dieser Fall vorliegt, wird vom Richter nur erkannt: wenn er überhaupt vorliegt, so jedenfalls vor dieser Erkenntnis des Richters; und der

18) Der Sachzustand beim Schluss der mündlichen Verhandlung ist für das Urteil entscheidend: Gaupp I p. 594; auch oben § 12 Note 20. Vgl. aber § 14 Note 18.

Digitized by Google

Richter kann in dieser Erkenntnis irren, woraus die Möglichkeit der Einlegung eines Rechtsmittels durch den Beklagten folgt.

Hier muss die Aufrechnung, wenn die Bedingung eintritt, vom Richter stets beachtet werden: Der Richter weiss, falls der Klageanspruch im Übrigen dargethan ist, so ist kompensiert. Er muss ohnedies prüfen, ob die Klageforderung bewiesen ist, d. h. ob der Fall vorliegt, und damit gleichzeitig, ob aufgerechnet ist. Der Beweis über die Klageforderung muss zufolge der Klageanstellung erhoben werden. Die der Aufrechnungserklärung zugefügte Bedingung ist derart formuliert, dass sie erst eintreten kann, wenn die Verhandlung und Beweisaufnahme abgeschlossen vorliegt. Nicht um die Entscheidung der Bedingung herbeizuführen, sondern ganz ohne Beziehung auf die möglicherweise eintretende Aufrechnung und unbeeinflusst durch diese wird der Rechtsstreit weiter geführt bis zu dem Augenblicke, wo die Aufrechnung perfekt ist.

Aller Streitstoff ist aber jederzeit als einheitlich während des ganzen Prozessverlaufs vorgebracht anzusehen. Er ist innerhalb des Prozesses zeitlos. Wie für die Frage, ob die Klage fundiert ist, so darf auch für die Frage, ob eine Einrede Wirksamkeit und welchen Inhalt sie besitzt, nicht der Zeitpunkt der ersten Geltendmachung massgebend sein. Vor jeder sei es prozessleitenden, sei es sachlichen Entscheidung muss sich der Richter den gesamten in Betracht kommenden Prozessstoff in der Gestalt, der Bedeutung, die er nunmehr besitzt, vergegenwärtigen. Er darf eine Einrede deshalb, weil sie beim ersten Vorbringen unerheblich war, nicht für die Dauer des Prozesses gänzlich bei Seite schieben. Sie bleibt erhoben bis zum Erlass des rechtskräftigen Urteils. Und wenn sie nachträglich, bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Richter sich endgültig über den Klaganspruch schlüssig macht, Erheblichkeit gewinnt, so muss sie berücksichtigt werden [19]). Darum darf und muss der Richter, solang die vorgebrachte Eventual-Aufrechnung als eine nur suspensiv-bedingte die Klage nicht auszuschliessen vermag, von einer Prüfung des Bestehens der Gegenforderung absehen; darum darf und muss er aber die

19) Vgl. § 14 Note 18.

Digitized by Google

Frage dieses Bestehens, sobald die Eventualaufrechnung zur definitiven geworden ist, in den Bereich seiner Erwägung ziehen und materieller Prüfung unterwerfen.

Man könnte zweifeln, ob diese Art wahrhaft bedingter Aufrechnung nicht durch § 388 BGB. ausgeschlossen wird? M. E. ist das zu verneinen. Auch wenn man nicht zu den „Motivenanbetern“ gehört, die Wach[20]) in Beziehung auf die weit massgeblicheren Motive der CPO. ironisch ablehnt, leuchtet ein: die Motive zum 1. Entw. BGB. und die Protokolle der 2. Kommission liefern dafür im vorliegenden Falle ausreichenden Beweis[21]). Will man die Tragweite einer Bestimmung wie des § 388 Satz 2 BGB. ermessen, so muss man von der Richtigkeit der von dem Gesetzgeber adoptierten Konstruktion ausgehen. Die sonach gewollte praktische Tragweite ist ausschlaggebend,[22]) und nicht etwa anzunehmen, dass eine Veränderung der Konstruktion auch eine Veränderung der offenbar gewollten Wirksamkeit der Bestimmung herbeiführen dürfe: das wäre eine materielle Änderung des Gesetzes, für das Konstruktionen nur eine Rolle zweiten Ranges spielen. Die erwähnten Materialien des BGB. zeigen klar, dass das Gesetz die Eventualaufrechnung im Prozesse nicht als wahrhaft bedingte Aufrechnung, sondern als Aufrechnung unter condicio juris auffasst. Die Motive zum 1. Entw. bemerken,[23]) solchenfalls liege „in der That eine unbedingte und unbetagte Kompensationserklärung vor, welche wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung zerfalle, wenn der Richter den eingeklagten

20) Feststellungsanspr. p. 34 ff.

21) So auch Kohler b. Busch 20 p. 8, 16, 36; Geib, Arch. f. civ. Pr. 85 p. 199 ff.; Kompensationsvollz. p. 85 Note 7; H. Otto, Verschiedenh. des neuen deutschen vom sächsischen bürgerl. Rechte (1897 ff.) p. 71; P. Landé, Komm. zum BGB. Note 4 zu § 388; Stölzel p. 139 ff.; Förtsch, Vergleich. Darstell. p. 200; Meisner, R. d. Schuldverh. Note 2 zu § 388 BGB.; Eccius b. Gruchot p. 34. Neuestens auch Kohler b. Busch 24 p. 22 ff., der indes durch die unhaltbare und überflüssige Annahme einer besonderen der civilistischen gegenüberstehenden prozessualen Aufrechnung die Sachlage verdunkelt. — A. A. Eccius, Preuss. PrR. I § 94 Anm. 68; Leonhard a. a. O. p. 148 ff.

22) Vgl. Dernburg, PrPrR. I § 10.

23) II p. 108.

Digitized by Google

Anspruch aus anderen Gründen für ungerechtfertigt erklärt.“ In der 2. Kommission blieben diese Ausführungen bei Beratung des § 282 Abs. 2 1. Entwurfs unwidersprochen[24]); bei Beratung des § 170 1. Entw. wurde erwogen, dass bei der prozessualischen Eventualaufrechnung die Bedingung des Bestehens des Klageanspruchs, „also eine blosse Rechtsbedingung“[25]) gesetzt sei, auf die § 282 Abs. 2 1. Entw. nicht zutreffen könne[26]). Weder in der Denkschrift zum Bundesratsentwurf, noch in den Beratungen des Reichstages ist eine gegensätzliche Ansicht laut geworden. — Der § 388 BGB. kann mithin gegen unsere Konstruktion nichts verschlagen[27]).

In einem Punkte freilich weicht die hier vertretene Ansicht von der Stölzel's und auch von der herrschenden Meinung, wie es scheint, nicht zu ihrem Vorteile ab: Sie gestattet strenggenommen[28]) nicht, dass vor erbrachtem Klagebeweise in eine Beweisaufnahme über die Gegenforderung oder die Kompensabilität eingetreten werde.[29]) [30]) Die

---

24) Prot. I p. 365/366.

25) Man hätte auch aus dem Charakter der angenommenen Bedingung als einer condicio in praesens auf die Unanwendbarkeit des § 388 BGB. schliessen können (vgl. unten bei Note 40).

26) Prot. I p. 224.

27) Nur eine besondere Art der eventuellen Aufrechnung liegt vor, wenn gleichzeitig mehrere Gegenforderungen sukzessive zur Aufrechnung verstellt werden, so, dass jede folgende nur dann aufgerechnet sein soll, wenn die bezüglich der vorhergehenden abgegebenen Aufrechnungserklärungen nicht zur Tilgung der Klageforderung zu führen vermögen. Vgl. Schollmeyer a. a. O. p. 98 ff., 107, 118 ff.

28) Eine eventuelle Beweisaufnahme darf schwerlich zugelassen werden, wenngleich sie bei Zulassung eventueller Prozessführung nicht so fern liegt.

29) Ebenso Meyer, Prozesspraxis (3. Aufl.) p. 169; vgl. auch den Referenten in dem bei Stölzel p. 217/218 zit. Falle.

30) Eine Verhandlung über die Aufrechnungseinrede und also die Gegenforderung sowie die Kompensationsvoraussetzungen findet natürlich schon vorher statt. Die Einrede der Eventualaufrechnung wird erhoben. Der Kompensat hat es in der Hand, ob er sich zu ihr äussern will, oder nicht. Unterlässt er jede Erklärung, oder verteidigt er sich nur durch den Hinweis auf den bedingten Charakter der Aufrechnung, so gilt er in Bezug auf das Bestehen der Gegenforderung und in Betreff der Kompensationsvoraussetzungen, d. h. in Bezug auf das Vorliegen einer be-

Digitized by Google

herrschende Meinung kommt zumeist, aber nur mit Hülfe mangelnder Folgerichtigkeit, zur früheren Zulassung dieser Beweisaufnahme. Soweit ihre Vertreter davon ausgehen, dass die Aufrechnung nur in einem Falle eintritt, der erst nach Erledigung des Beweises der Klageforderung vorliegen kann,[31]) müssten sie, wie hier geschieht, eine gleichzeitige Beweisaufnahme über Klageforderung und Kompensationseinrede für unstatthaft erklären;[32]) noch selbstverständlicher aber müsste man dies thun, soweit man erkennt,[33]) dass vor Eintritt der Bedingung eine (wirksame) Aufrechnungserklärung noch gar nicht vorliegt.

Mir scheint diese Konsequenz auch keineswegs unbillig. Aufrechnung ist und bleibt Erfüllung; und vom Standpunkte des Gesetzes aus betrachtet ist der Kläger, der noch im Verlaufe des Rechtsstreits durch Aufrechnung befriedigt wird, trotz der möglichen und bei Bestreiten der Gegenforderung

---

dingten Aufrechnung nach § 129 CPO. als zugestehend. Der Aufrechnungseinrede kommt dann nach Eintritt der Bedingung ohne Weiteres durchschlagende Wirkung zu. — Bestreitet der Kläger die Gegenforderung oder eine Kompensationsvoraussetzung, und schiebt ihm der Beklagte einen Eid zu, so hat er sich auch über diesen zu erklären; denn die Eideszuschiebung dient zwar zum Beweise einer nur eventuell vollzogenen Aufrechnung, ist aber keine eventuelle im Sinne des § 419 Abs. 1 CPO., da für die bestrittene Thatsache keine anderen Beweismittel vorgebracht sind. Freilich ist der Eid zur Zeit unerheblich, da er sich nur auf eine zur Zeit unerhebliche Thatsache bezieht. Vgl. unten § 14.

31) Soweit Stölzel wahrhaft suspensiv-bedingte Aufrechnung konstruiert, ist auch er inkonsequent.

32) Soweit bei Trennung der Verhandlung gemäss § 136 Abs. 2 CPO. eine Entscheidung über die Klageforderung mit Rücksicht auf die Kompensationseinrede vor der Entscheidung über den übrigen Prozessstoff nicht gestattet wird (vgl. z. B. Gaupp I p. 295, 296; Wilm.-Levy I p. 241. A. A. z. B. Hellmann, Komm. II p. 123; Kompensationsvollz. § 46 und dort cit.; nat. auch alle, die eine Trennung in zwei selbständige Prozesse annehmen); soweit ferner eine Trennung nach § 137 oder eine vorläufige Beschränkung der Beweiserhebung nur in der Art zugelassen wird, dass die Verhandlung oder Beweisaufnahme über die Gegenforderung zunächst zurückgestellt wird (vgl. z. B. Gaupp I p. 297, 645/646; Struckm.-Koch, Note 4 zu § 324; Seuffert, Note 2 zu § 137), kommt die richtige Erkenntnis, wenn auch unvollständig, zum Durchbruch.

33) Wilm.-Levy, Note 4 zu § 293 a. E.

Digitized by Google

notwendigen Verlängerung der Prozessdauer wenigstens ebenso gut gestellt, wie derjenige, der erst nach Erlass des Urteils Zahlung erzwingen kann. Und wenn er die Gegenforderung bestreitet, so ist eine dadurch verursachte Hinausziehung des Prozesses genau so sehr seine Schuld, wie eine durch Bestreiten der Klageforderung veranlasste Hinauszögerung Schuld des Beklagten ist. So wenig der Beklagte im letzteren Fall, so wenig hat der Kläger im ersteren Fall Ursache zur Beschwerde. Zudem müssten die Beweise über die Gegenforderung auch nach den anderen Ansichten sowieso erhoben werden, und es ist keineswegs ausgemacht, dass die Verbindung der Beweisaufnahme über Forderung und Gegenforderung — wenn beide wie hier durchgeführt werden müssen — für die Regel raschere Abwickelung sichert, als sukzessive Beweisaufnahme. Auch jetzt ist es schon sehr verbreitete Übung, den Einredebeweis erst nach dem Klagebeweis zu erheben; § 137 (146) ermöglicht solches Verfahren ausdrücklich, und schon im Kosteninteresse dürfte es nicht selten am Platze sein.[34]) Wo erhebliche Interessen auf dem Spiele stehen, und Verschleppungsabsicht auf Seiten des Beklagten vermutet werden darf, gewährt die CPO. in ihren §§ 136 Abs. 2 (145 Abs. 3) und 274 (302) stets radikale Abhülfe. Und was die Hauptsache bleibt: Kann nur durch die hier vorgeschlagene Konstruktion den Nachteilen und Bedenken aus dem Wege gegangen werden, die der sonst noch einzig übrig bleibenden — denn die unten noch als möglich nachzuweisende gleicht in dieser Beziehung der hier betrachteten —, im vorigen Paragraphen erörterten anhaften, so will jener eine Nachteil, wenn er denn als ein solcher zugestanden werden mag, dem gegenüber wenig besagen.

Freilich ist hier ein gewichtiger Einwand zu erwarten: Die CPO. scheint im § 136 Abs. 2 (145 Abs. 3), indem sie gestattet, über eine nur auf Eventualaufrechnung gegründete

---

34) Vgl. Wetzell, CP. p. 937/938; Mot. zu § 314 Entw. CPO. (p. 244/245) sowie die Commentare; Stölzel p. 23 ff; 27 ff. Mit Recht wird allgemein davon ausgegangen, dass § 137 auch Anwendung erleidet, wenn nur ein Verteidigungsmittel einem Angriffsmittel (Klagegrund) gegenübersteht.

Digitized by Google

Einrede getrennt zu verhandeln,[35]) davon auszugehen, dass schon vor Erledigung der Beweisaufnahme über die Klageforderung über die thatsächlichen Grundlagen einer solchen Einrede Beweis erhoben werden dürfe. Auch scheint § 491 Abs. 2 (529 Abs. 3) CPO. zu unterstellen, dass durch Nichtvorbringen auch der nur eventuellen Aufrechnungs„einrede" eine Verzögerung eintrete, d. h. aber, dass die Beweisaufnahme auch über die Gegenforderung ohne Weiteres gestattet sei. Endlich rangiert selbst die künftige Neufassung des § 491 Abs. 2 CPO. trotz des besseren Verständnisses, mit dem sonst das Gesetz betr. Änderungen der CPO. die Aufrechnungseinrede behandelt, unzweideutig auch die nur eventuell erhobene Kompensations„einrede" unter die Einreden im gewöhnlichen Sinn, unter die blossen Verteidigungsmittel, indem sie eine Verzögerung ihres Vorbringens genau wie die Verzögerung des Vorbringens von Verteidigungsmitteln ahndet.[36]) Dennoch vermögen diese Bestimmungen unsere Konstruktion nicht zu erschüttern.

Die CPO. hat das Wesen der prozessualen Aufrechnung durchaus verkannt. Dass Aufrechnung, auch im Prozesse vollzogen, ein rein materiell-rechtlicher Akt bleibt, ist ihr entgangen; bald fasst sie die Aufrechnungseinrede als gewöhnliches Verteidigungsmittel, bald die Gegenforderung als einen geltend gemachten Anspruch. Die in manchen früheren partikularen Prozessgesetzen herrschende Durcheinanderwirrung der Begriffe Kompensationseinrede und Widerklage ist kaum abgeschwächt in sie übergegangen. Sie hat in dem § 491 Abs. 2, sofern er eine Berücksichtigung der Kompensation, die schon in erster Instanz hätte vollzogen werden können, in der Berufungsinstanz untersagt, eine mit dem materiellen Kompensationsrecht gänzlich unvereinbare Bestimmung getroffen, die denn auch demnächst (durch § 529 Abs. 3 der

---

35) Kompensationsvollz. § 41 ff.

36) § 274 (302) kann nicht angeführt werden. Er setzt allerdings voraus, dass vor dem Beweise der Klageforderung über die Aufrechnungseinrede verhandelt ist. Einer solchen Verhandlung steht aber nichts im Wege (vgl. oben Note 30).

Digitized by Google

Neufassung[37]) beseitigt sein wird. Was Wunder, wenn auch § 136 Abs. 2 (145 Abs. 3) eine gleiche Verkennung des materiellen Rechts, des Wesens des prozessualen Aufrechnungsvollzuges und Aufrechnungsvorbringens erweisen würde?

In Wahrheit ist aber eine Verweisung nach § 136 Abs. 2 mit unserer Theorie wohl vereinbar; sie setzt keineswegs notwendig voraus, dass bei eventueller Aufrechnung gleichzeitig über Forderung und Gegenforderung bezw. Kompensabilität Beweis erhoben werden könne. Eine Aufrechnungseinrede ist ja auch nach unserer Ansicht trotz alledem vor Eintritt der Bedingung erhoben und Prozessstoff; nur bezieht sie sich auf eine, solange die Klageforderung unerwiesen ist, noch nicht unbedingt vollzogene Aufrechnung, und ist mithin vor der Hand thatsächlich unerheblich. Dass sie — beim Vorhandensein der Kompensationserfordernisse — dereinst u. zw. im obschwebenden Prozesse Erheblichkeit gewinnen wird, ist bereits klar. Warum soll der Richter sie nicht ad separatum verweisen können, wie jede andere Aufrechnungseinrede, bei der ja auch noch nicht sicher ist, dass ihr eine wirkliche Aufrechnung zu Grunde liegt? Dem dürfte schwerlich etwas im Wege stehen. — Nur eine Konsequenz ergiebt sich zweifelsohne, und in diesem Punkte muss ich meine frühere Ansicht verlassen[38]). Die Verweisung muss als eine nur eventuelle, das Separatum als ein nur eventuell anhängiges angesehen werden; die Eventualität ist die gleiche wie bei der Aufrechnungserklärung, oder besser, sie lautet: „für den Fall, dass eine Aufrechnung überhaupt vollzogen werden wird." Nicht nur eine Entscheidung, sondern auch eine Beweisaufnahme ist vor Eintritt der Bedingung in diesem Nebenverfahren nicht zulässig. Der einzige Unterschied zwischen den §§ 136 Abs. 2 und 274 (302) CPO. liegt mithin in dem Zeitpunkte, in dem die Verweisung der Einrede stattfindet.

Was aber den § 491 Abs. 2 (529 Abs. 3) in seiner jetzigen und in seiner künftigen Neufassung betrifft, so kann auf ihn nicht nur wegen der Unklarheit des Gesetzes in unserer Ma-

37) Dazu die Mot. in Zeitschr. f. CPr. 24 p. 167. Vgl. schon E. G. z. BGB. 1. Entw. Art. 11 (Mot. p. 74); Denkschr. p. 467.

38) Vgl. hierzu Note 32.

Digitized by Google

terie, sondern auch bei der bisher noch so mangelhaften Erkenntnis des Wesens der Eventualaufrechnung irgend welches Gewicht nicht gelegt werden.

In der Praxis bietet jedoch die Durchführung des Grundsatzes, dass erst, wenn die Frage des Bestehens und der Kompensabilität der Gegenforderung Erheblichkeit gewinnt, d. h. nach Eintritt der Bedingung, über diese Fragen verhandelt und Beweis erhoben werden darf, mannigfache Schwierigkeiten.

Bei unserem ungebundenen Prozessverfahren wird das Vorbringen der Beweise und die Beweisaufnahme über die Hauptforderung leicht sprunghaft erfolgen; der Kläger führt neue Beweismittel ins Feld, der Beklagte zum Gegegenbeweise und für seine etwaigen Einreden (abgesehen von der Aufrechnungseinrede) desgleichen. Vor allem können die Parteien in der Berufungsinstanz eine Fülle neuen Prozessmaterials der richterlichen Kognition unterbreiten. Wann ist nun die Bedingung der Aufrechnung entschieden? Offenbar erst, wenn die letzte zulässige Beweisaufnahme beendet ist. Kann vorher eine Beweisaufnahme über die Aufrechnungseinrede nicht vorgenommen werden? Allerdings! Die Aufrechnung ist erklärt, für den Fall, dass die Klageforderung im Übrigen dargethan ist.[39]) Ob der Fall vorliegt oder nicht, darüber hat der Richter ebenso zu befinden, wie wenn irgend eine andere Bedingung gesetzt wäre. Das Material aber zur Beurteilung dieser Frage bietet ihm der Prozess selbst. Kommt er zur Überzeugung, dass die Bedingung eingetreten sei, so muss er nunmehr davon ausgehen, dass aufgerechnet sei; das bedarf keiner weiteren Ausführung. Natürlich kann der Berufungsrichter in diesem Punkte anderer Ansicht sein. Der Beklagte kann aber auch, nachdem der Richter die Beweisaufnahme über die Gegenforderung begonnen hat, neue Einwendungen machen, neue Gegenbeweise antreten! Dann wird es sofort wieder ins Ungewisse gestellt, ob die Bedingung thatsächlich eingetreten ist. Soll der Richter die eröffnete Beweisaufnahme wieder ruhen lassen, unterbrechen? Gewiss nicht! Wenn man auch meinen könnte, die Konsequenz

39) Nicht: für den Fall, dass die Forderung als bestehend erkannt werden sollte, wovon Stölzel p. 207, 218 ausgeht.

Digitized by Google

nötige zur Bejahung der Frage: die Überzeugung des Richters vom Eintritt der Bedingung besteht zunächst noch fort: erst, wenn sie durch die neu angetretenen Beweise erschüttert ist, muss von der Fortsetzung einer Beweisaufnahme über die Aufrechnungseinrede Abstand genommen werden, d. h. aber: erst, wenn der Richter dafür hält, dass die Bedingung: Beweis der Klageforderung und Nichtbeweis der Einreden, in Wahrheit doch nicht erfüllt ist. Der Richter ist kein Spielball der Parteienwillkür.

c) Konstruktion mit condicio in praesens collata.

Will man sich mit der Auffassung, dass die oben konstruierte Aufrechnung unter Suspensivbedingung durch § 388 BGB. nicht betroffen werde, nicht befreunden, so kann die bisher praktisch geübte Behandlung der Eventualaufrechnungseinrede doch noch auf anderem Wege theoretisch gerechtfertigt werden.

Die condicio in praesens und in praeteritum ist nach dem BGB. keine Bedingung,[40]) eine Aufrechnung unter condicio in praesens oder in praeteritum wird keinesfalls von § 388 BGB. berührt. Lässt sich die Eventualaufrechnung im Sinne einer derart bedingten Aufrechnung fassen, so müssten alle Bedenken bezüglich des künftigen Reichsrechts schwinden.

Die Aufrechnung wird nicht durch reelle Leistung sondern durch Willenserklärung bewirkt; diese Eigentümlichkeit hat zu der häufigen irrigen Auffassung des Kompensationsrechtes als einer Exzeption geführt, sie bietet die Handhabe zu einer weiteren möglichen Konstruktion der Eventualaufrechnung.

Das Prinzip der Simultaneität,[41]) richtiger:[42]) der zeit-

---

40) 1. Entw. § 137; Mot. I p. 264; Prot. 2. Les. I p. 184 185. 182. § 158 BGB. kennt nur die aufschiebende und die auflösende Bedingung.

41) Vgl. Jhering, Geist des r. R. III p. 143 ff.; Enneccerus, Rechtsgesch. p. 159 ff., bes. 170, 221.

42) Denn eine Koexistenz von Ursache und Wirkung ist im Grunde gar nicht möglich. Die Ursache zehrt sich bei der Erzeugung gleichzeitig selbst auf. Das gilt nicht nur in der physischen Welt, wo Si-

Digitized by Google

lichen Kohärenz, des zeitlichen horror vacui gilt auch bei der prozessualen Eventualaufrechnung; der sei es wirkliche, sei es als vorhanden angenommene Aufrechnungswille als Ursache der Aufrechnung muss mit seiner Wirkung, der Aufrechnung, zusammenhängen, sich berühren, u. zw. zeitlich; denn im Augenblick der Erzeugung der Wirkung muss der Erzeuger, die Ursache, vorhanden sein.

Man könnte sich mit Schein die Frage vorlegen: muss denn eine gleiche zeitliche Kohärenz zwischen der Erklärung des Aufrechnungswillens und dem Eintritt der Aufrechnung bestehen?

Der Wille[43])[44]) befindet sich natürlich nicht in so fortgesetzten Schwankungen, dass er eine bestimmte Richtung nur gerade solange, wie eine Willenserklärung dauert, innehält; der Regel nach wahrt er seine Richtung eine längere Zeit hindurch, d. h. bedeutet er einen Zustand der Seele, der auch nach Beendigung der Willenserklärung noch eine Zeit lang anhält. Kann man nun durch eine Willenserklärung verursachen, dass der Wille nicht blos für den Moment der Erklärung, sondern darüber hinaus für längere Zeit „erklärt" ist; dass er fähig wird, nicht nur sogleich, sondern auch noch in Zukunft nach Beendigung seiner Erklärung rechtlich zu wirken?[45]) Kann der eine Funke der Erklärung den Willen zu einem Faktor von mehr oder weniger andauernder recht-

---

multaneität der erzeugenden und der erzeugten Kraft ausgeschlossen ist (Gesetz von der Erhaltung der Kraft). Sobald der gewollte Rechtseffekt erzielt, und dies zum Bewusstsein gekommen ist, kann der auf die Hervorbringung dieses Effektes gerichtete Wille nicht mehr bestehen.

43) Ein Zustand des Geistes, nicht ein blosser Akt, wie Enneccerus a. a. O. p. 5 will!

44) Er ist hier als das Wollen des Rechtsgeschäfts zu verstehen, das in sich schliesst das Wollen des Mittels zu diesem Resultat, nämlich des Abschlusses des Rechtsgeschäfts, während dieses letztere Wollen wiederum das Wollen der Mittel zu diesem Abschlusse umfasst; es sind also die bei Enneccerus p. 62 unter 1—5 aufgeführten Bestandteile in ihm enthalten.

45) Während bis zum Eintritt der Wirksamkeit ein „unfertiges Rechtsgeschäft" im Sinne Köppens (b. Jhering 11 p. 155 ff.; 219 ff.; 256) vorläge.

Digitized by Google

licher Intensität beleben?[46]) Die Frage ist prinzipiell für alle sukzessiv entstehenden Rechtsgeschäfte[47]) zu bejahen.[48])

Die Willenserklärung hat im Grunde nur deklaratorische, aufklärende Bedeutung.[49]) Jeder Vertrag erfordert Willensübereinstimmung. Bei jeder Offerte, sei es unter Anwesenden — ausser wenn Offerte und Annahme gleichzeitig ergehen —, sei es unter Abwesenden muss die Rechtswirksamkeit des Willens — falls die Entgegennahme der empfangsbedürftigen Willenserklärung, wie Zitelmann[50]) will, kein „Errichtungserfordernis" ist — andauern vom Augenblick der Abgabe der Erklärung bis zur Entgegennahme der Erklärung und zur Entstehung des auf Abschluss des Angebotsvertrages gerichteten gegnerischen Willens.[51]) Erst in diesem Zeitpunkte verknüpfen sich die beiden Willen zum Angebotsvertrag oder zum Rechtsgeschäft.[52]) Erblickt man z. B. mit Enneccerus[53]) in der Empfangnahme oder z. B. mit Kohler[54]) in der Kenntnisnahme empfangsbedürftiger Willenserklärungen ein „Errichtungserfordernis", so würde das Rechtsgeschäft noch später vollzogen, der Wille noch länger als vorhanden und vollwirksam angenommen werden.[55]) Dann würde selbst für einseitige

---

46) Vgl. Enneccerus p. 163.

47) Darüber vgl. Jhering a. a. O.; Köppen a. a. O. p. 144 ff., 330 ff.; Enneccerus p. 269 ff.; Zitelmann, Rechtsgeschäfte I p. 30; Förster-Eccius I § 82.

48) Vgl. Enneccerus a. a. O.

49) Das. § 7, 8, 9 und dort cit.; Trutter, Proz. Rgesch. p. 109 ff.; Pollak, Gerichtl. Geständnis p. 23. Könnten wir in den Seelen unserer Mitmenschen lesen und könnte uns ein für uns rechtlich erheblicher Wille nicht entgehen, so wäre die Erklärung des Willens gänzlich überflüssig. Die sehr schwierige Streitfrage liegt hier abseits.

50) A. a. O. p. 32.

51) Anders nat. bei gesetzlicher Bindung an die Offerte; dann tritt das Gesetz an Stelle des Willens als Ursache: vgl. Enneccerus a. a. O. p. 159, 163 ff.

52) Er ist massgebend für die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts nach dem Prinzip der „Konzentration des Rechtsgeschäfts" (vgl. Jhering a. a. O., Enneccerus p. 220 ff., 269).

53) p. 63 ff.

54) Bei Jhering 18 bes. p. 335 ff.; dazu Enneccerus a. a. O.

55) Enneccerus drückt sich nur unkorrekt aus, wenn er p. 221 sagt: in diesem Falle werde die frühere Willenserklärung bis zur

Digitized by Google

empfangsbedürftige Willenserklärungen, wie die Aufrechnungserklärung nach preussischem und künftigem Reichsrecht, unsere oben gestellte Frage zu bejahen sein, u. zw. trotz der Formulierung, nach der die Aufrechnungserklärung die Aufrechnung bewirkt, da man „Aufrechnungserklärung" offenbar nur im Sinne von „erklärtem Aufrechnungswillen" verstehen darf. Die Folge würde sein, dass die Wirksamkeit der Aufrechnungserklärung nicht nach dem Zeitpunkte ihrer Abgabe, sondern nach dem Zeitpunkte ihres Empfangs durch den Kompensaten zu beurteilen wäre.

Kann aber abgesehen von diesen durch das Gesetz geordneten und für den Rechtsverkehr notwendigen Fällen der einmaligen Willenserklärung die Kraft zur Schöpfung eines dauernd wirkenden Willens derart verliehen werden, dass der Wille das beabsichtigte Rechtsgeschäft, wenn erst in einem späteren Zeitpunkte die Voraussetzungen seines Abschlusses vorliegen, in diesem späteren Zeitpunkte vollzieht, während in der Zwischenzeit nur ein Bruchstück, ein Baustein zu dem Geschäftsschluss, eben die gewissermassen objektivierte, rechtlich wirkungsfähige Willenskraft, vorhanden ist? Könnte z. B. der Beklagte im Prozesse erklären: „ich kompensiere, falls der Gegner jetzt bewiesen hat," und zwar derart, dass diese Erklärung nicht unwirksam ist, wenn der Gegner noch nicht bewiesen hat, vielmehr auch in einem späteren Zeitpunkte, in dem der Gegner bewiesen hat, die Aufrechnung — durch den von vornherein auch für die Zukunft erklärten Willen — vollzogen wird? Die Möglichkeit, sich für beliebige Zeit an ein Angebot zu binden, gestattet keine Analogisierung: diese Bindung ist in Wahrheit eine vertragsmässige; sie ist — bei gleichzeitig erklärtem Verzicht auf Benachrichtigung über die Annahme des Angebots dieses Angebotsvertrags — vollzogen mit Empfang des Angebots und Entstehung des auf seine Annahme gerichteten Willens.[56]) Hier könnte nur beweisen die Möglichkeit, einseitig einen

Abgabe der letzten abschliessenden Willenserklärung als fortbestehend angesehen; vgl. z. B. das. p. 270/271.

56) Windscheid, Pand. § 307 Nr. 1 und Note 7a, sowie dort cit.

Digitized by Google

erst in Zukunft wirkenden Willen bei einseitigem[57]) Rechtsgeschäft im Voraus rechtswirksam zu erklären. Eine solche ist aber, soweit ich sehe, nur im Corpus juris und nur in zwei Fällen anerkannt: im Falle des Jurisdiktionsmandats[58]) und im Falle der agnitio bonorum possessionis intra alienam vicem,[59]) von denen der erste dem öffentlichen Rechte angehört, und beide auf ausdrücklicher Gesetzesvorschrift beruhen, mithin nicht für, sondern nur gegen jene allgemeine Möglichkeit sprechen.

Dieser Gesichtspunkt erweist sich mithin für unsere Zwecke unfruchtbar.

Kann aber nicht eine Willenserklärung Dauer annehmen, so zwar, dass sie im Augenblick, wo sie zuerst ins Dasein tritt, aber auch später, in jedem Moment ihres Daseins, den durch sie bezweckten Rechtseffekt hervorzubringen vermag?

Wer über einen Vermögensgegenstand wie ein Eigentümer schaltet, bekundet damit fortgesetzt den animus domini; desgleichen der Besitzer im entsprechenden Fall den animus possidendi. Wer von einem anderen im Prozesswege ein Recht zu erstreiten sucht, bekundet — abgesehen von den nur prozessrechtlichen Willenserklärungen,[60]) die natürlich auch andauern — durch den Prozess und den Prozess hindurch ununterbrochen, dass er das eingeklagte Recht für sich beansprucht, und mahnt den Gegner ebenso ununterbrochen zur Zahlung seiner Schuld, wie vor allem die anhaltende Unterbrechung der Verjährung erweist.[61]) Das Prozessrechtsverhältnis, der zivilistische Kriegszustand zwischen den Parteien, bedeutet eine fortgesetzte materiell-rechtliche Willenserklärung des Klägers an den Beklagten.

---

57) Bei zweiseitigem Rechtsgeschäft giebt es noch zahlreiche Fälle dieser Art: vgl. Enneccerus p. 270 (246 ff.) und dort cit.; 271 ff.; das allgemeine Prinzip p. 273 ff.; auch p. 295 ff.

58) l. 4 § 6 D. 1, 16; dazu Enneccerus p. 286/287.

59) Köppen a. a. O. p. 6 ff., 92 ff.; Lehrb. des heut. Erbr. p. 96 ff.; Enneccerus p. 270/271.

60) Dazu vgl. Mot. z. 1. Entw. BGB. I p. 332.

61) Eine sog. „materielle Wirkung der Rechtshängigkeit." Dazu Förster-Eccius a. a. O. I § 51.

Digitized by Google

Im Prozesse gewinnt das gesprochene Wort Dauer. Der Richter hat den gesamten Streitstoff jeden Augenblick als Einheit zu behandeln, alles gilt jederzeit und stets wiederholt als gleichzeitig vorgebracht. Es giebt kein Früher und Später, kein Nacheinander für die richterliche Erwägung, sondern nur ein Nebeneinander, denn unsere CPO. wird von dem Prinzip der Einheit der mündlichen Verhandlung[62]) oder der Konzentration des Prozesses[63]) beherrscht. Das gilt zunächst für das rein prozessuale Vorbringen; es vermag aber gewisse Wirkungen auf die „Prozessrechtsgeschäfte" zu üben,[64]) auf Rechtsgeschäfte, die im Verlaufe eines Prozesses vollzogen werden, z. B. Geltendmachung von Exzeptionsrechten. Auch für die Aufrechnungstheorie kann dieser Umstand nutzbar gemacht werden.

Die eventuelle Aufrechnung wird im Prozesse regelmässig in der Weise geltend gemacht, dass der Beklagte unter Bestreiten der Klageforderung, oder Vorschützung anderer Einreden erklärt: er erhebe auch die Aufrechnungseinrede, eventuell mache er Aufrechnung geltend oder rechne er auf. Man beachte: das Einzige, was regelmässig vom Kompensaten klar ausgedrückt wird, ist der Wille, eine Einrede (im prozessualen Sinne) zu erheben, die sich auf eine besonders geartete, höchstens durch das Wörtchen „eventuell" näher beschriebene Aufrechnung stützt.[65])

---

62) Vgl. z. B. Gaupp I p. 506 ff., 264/265; Fitting, RCPr. § 48.

63) Vgl. Jhering a. a. O.

64) Kohler, Proz. als Rechtsverh. p. 60 ff. Derselbe stellt b. Busch 20 p. 15 ff. diese Einwirkung ohne Grund als die Regel hin und übertreibt sie bei weitem; vgl. Kompensationsvollz. p. 66 ff.; Eccius b. Gruchot p. 38. Über Kohler's neueste Theorie von der prozessualen" Aufrechnung, die sich als konsequentes Ergebnis der zwischen der erstangeführten Schrift und der zweitgenannten Abhandlung vollzogenen Fortentwickelung der Kohler'schen Auffassung darstellt, vgl. oben § 10 Note 33.

65) Enneccerus p. 19: „Der Jurist hat aus den Worten der Parteien und aus den begleitenden Umständen das Gesamtbild der gewollten, praktisch vorgestellten Folgen zu erkennen und auf scharfe juristische Begriffe zurückzuführen, welche ja im Grunde selbst nichts anderes sind, als solche zu begrifflicher Klarheit und Einheit durchgedrungene Gesamtbilder von Rechtsfolgen." Bei den Parteien kann

Digitized by Google

Zur Vollziehung der Aufrechnung genügt stillschweigende (schlüssige) Willenserklärung. Wer schlechthin eine Aufrechnungs„einrede“ vorbringt, ohne früheren Aufrechnungsvollzug zu behaupten, bekundet damit seinen Willen, jedenfalls jetzt aufzurechnen. „Wenn die Aufrechnung noch nicht vollzogen sein sollte, so vollziehe ich sie jetzt.“ Er bekundet diesen Willen nicht nur für den Augenblick der Erhebung der Einrede, sondern in unablässiger Wiederholung während des ganzen Prozessverlaufes solang und mit der gleichen Beharrlichkeit, wie er an seiner Aufrechnungseinrede festhält,[66]) wobei man bis zum Zeitpunkt des Bedingungeintritts eine Ankündigung künftiger Aufrechnung[67]) für vorliegend erachten mag. Denn die Einrede ist dauernd innerhalb des Prozessrahmens zeitloser Prozessstoff: insofern teilt die materiellrechtliche Aufrechnung im Prozesse die oben hervorgehobene Eigentümlichkeit prozessualischer Handlungen. Es liegt eine fortgesetzte Rechtshandlung vor. Wenn der 2. Entw. des BGB.[68]) und dieses selbst,[69]) im Gegensatze zum 1. Entwurfe,[70]) gleich der Geltendmachung im Klagewege derjenigen zum Zwecke der Aufrechnung u. zw. auch der nur eventuellen Aufrechnung[71]) im Prozesse verjährungsunterbrechende Kraft beimisst, so kann dies als Konsequenz aus einer entsprechenden Auffassung angesehen werden.

Damit ist die Möglichkeit eröffnet, die Eventualaufrechnung als unter folgende condicio in praesens verstellt anzusehen: „falls der Klageanspruch im Übrigen bewiesen ist, und die etwaigen sonstigen Einreden des Beklagten unerheblich, unbewiesen oder durch Repliken beseitigt sind.“ Das bedingende

---

ein Bewusstsein der juristischen Konstruktion nicht vorausgesetzt werden (das. p. 17 ff. u. dort cit.). Man darf sich also keineswegs wundern, wenn die juristische Konstruktion eines gang und gäben Rechtsgeschäfts grosse Schwierigkeiten aufweist.

66) Vgl. dazu ausser Kohler a. a. O. u. p. 36 auch Geib's fortgesetzte „Kompensationsvollzugsbereitschaft“ („Theorie“ p. 29 ff.).

67) Protok. 2 Les. I p. 365.

68) § 181; Prot. I 224 ff., 229.

69) § 209.

70) Vgl. Mot. I p. 328.

71) Prot. p. 224, 229.

Digitized by Google

Ereignis wäre das nämliche, wie bei der unter b dargestellten Konstruktion, nur statt in futurum in praesens gefasst. Wer eventuell die Aufrechnungseinrede erhebt, erklärt nach dieser Auffassung damit fortgesetzt, dass er unter jener gegenwärtigen Bedingung aufrechne. So lange das bedingende Ereignis nicht vorliegt, ist überhaupt keine Aufrechnung vollzogen, die Einrede, wie der Richter ohne Weiteres erkennt, inhaltsleer. Wenn die Bedingung eintritt, so ist dann, aber erst dann, die Aufrechnung u. zw. sofort definitiv vollzogen. Der Richter muss sie nach dem Grundsatze „omnia judicia esse absolutoria" berücksichtigen.

Indessen erhebt sich ein Bedenken: § 491 Abs. 2 CPO. lässt das Vorbringen neuer Aufrechnungseinreden (neuer Gegenforderungen zum Zweck der Aufrechnung) in der Berufungsinstanz nur zu, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Partei ohne ihr Verschulden ausser Stande war, sie in erster Instanz geltend zu machen. Nach der vorliegenden Ansicht gewinnt die Aufrechnungseinrede, wenn die Beweiserhebung über die Klageforderung erst in zweiter Instanz zum Eintritte der Bedingung führt, erst in zweiter Instanz Inhalt und Wirksamkeit; es ist erst in zweiter Instanz aufgerechnet.

Ist damit der Stab über unserer Konstruktion gebrochen?

Es soll davon abgesehen werden, die fernliegende Interpretation jenes Paragraphen vorzuschlagen, dass er sich nur auf die Einrede unbedingter, definitiver Aufrechnung beziehe. Geht man von dem Standpunkte der CPO. aus, die in der Aufrechnungs„einrede" eine gewöhnliche Einrede und in ihrer Eventualität eine Eventualität prozessualen Charakters erblickt, so ist im hier erörterten Falle die Aufrechnungseinrede in jeder Beziehung in erster Instanz schon erhoben. — Als Grund für die Beschränkung des § 491 Abs. 2 CPO. führen die Motive[72]) und übereinstimmend die Commentare an: Verhinderung einer Verschleppung des Verfahrens durch simulierte oder schuldbar zurückgehaltene Kompensationsforderungen. Der Grund trifft unseren Fall gewiss nicht! Der Kompensant hält sich genau an sein Recht und seine Pflicht. Man nehme an, der Kläger erbringe den Beweis seiner Klageforderung

72) p. 306.

Digitized by Google

in erster Instanz nicht; in zweiter Instanz hole er das Versäumte nach. Soll diese Säumnis der Beklagte büssen? Nach vorliegender Auffassung kann letzterer, ohne sein gutes Recht zu kränken, in dem hier gesetzten Falle gar nicht in der ersten Instanz aufrechnen. Mithin darf ihm auch kein Verschulden vorgeworfen werden, wenn er es nicht thut. Auch insofern kann § 491 Abs. 2 CPO. nicht Platz greifen. — Weiter ist zu beachten, dass die auf die nämliche Gegenforderung bezügliche Aufrechnungseinrede (im engeren Sinne) auch in erster Instanz erhoben ist, insofern also in der Berufungsinstanz weder eine neue Aufrechnungseinrede, noch eine neue Gegenforderung vorgebracht wird (§ 499 [537[CPO.)[73]), und Richter und Gegenpartei über die vom Beklagten geplante Verteidigung vollauf unterrichtet sind. — Und endlich: die in § 491 Abs. 2 CPO. verordnete Nichtberücksichtigung einer nach Erlass des ersten Urteils vollzogenen Aufrechnung steht in schroffstem Widerspruch mit dem materiellen Kompensationsrecht, das als Folge der Aufrechnung, wie der Zahlung, ausnahmslos Tilgung der Hauptforderung normiert. Gerade diese Bestimmung erweist, wie erwähnt, aufs Schneidendste die prinziplose Behandlung unserer Rechtsmaterie in der CPO., und es ist mit Freuden zu begrüssen, dass ihre Tage gezählt sind.

Die beiden eben dargestellten Auffassungen der Eventualaufrechnung knüpfen dieses Rechtsgeschäft notwendig an den Prozess, wenngleich natürlich Aufrechnung unter anders gearteter condicio in praesens auch ausserprozessual, selbst nach dem BGB., statthaft ist. Anderweite suspensiv-bedingte Aufrechnung wird aber durch § 388 BGB. zweifelsohne ausgeschlossen.

Die Konstruktion zu b ist derjenigen zu c, wenn man in § 388 BGB. kein Hindernis erblickt, entschieden vorzuziehen, sowohl wegen ihrer grösseren Natürlichkeit, als wegen der geringeren theoretischen Schwierigkeiten, die sie bietet. Dennoch sollen im Folgenden regelmässig beide neben einander betrachtet werden.

---

73) Vgl. Struckm.-Koch Note 6 zu § 491; Gaupp II p. 38, 39; Petersen II p. 722/723; Förster Note 2 Abs. 3 zu § 491 CPO.

Digitized by Google

d) Verzögerung der Aufrechnung bis zum Beweise der Klageforderung.

Will man auch die Theorie von der fortgesetzten Aufrechnungserklärung nicht acceptieren, so kann doch das unmöglich bestritten werden: Wenn der Beklagte will, hat er es, wenigstens in erster Instanz, stets in der Hand, die Aufrechnung in der hier verfochtenen Weise durchzuführen: es bedarf dazu nur beharrlicher Wiederholung der bedingten Aufrechnungserklärung nach jedem Akt der Beweisaufnahme, und diese Wiederholung steht nach unserer CPO. in seiner Macht.

Stölzel[74]) erklärt jedoch für den Fall, dass der Beklagte erst nach Gelingen des Klagebeweises aufrechnet, den § 251 (278) Abs. 2 CPO. für anwendbar, womit folgerecht der § 252 (279) CPO. als weiteres Abhülfsmittel bezeichnet wird[75]). Kann dem beigestimmt werden?

Beide Paragraphen fassen das verzögerte Vorbringen von Verteidigungsmitteln ins Auge, worunter selbstverständlich nur prozessualische Verteidigungsmittel einschliesslich der wahren materiell-rechtlichen Exzeptionen zu verstehen sind. Das Vorbringen der Aufrechnung ist unzweifelhaft, so gut wie die Allegation der Zahlung ein solches Verteidigungsmittel. Mit Nichten aber das Rechtsgeschäft der Aufrechnung selbst. Aufrechnung ist Erfüllung und steht insofern (abgesehen von ihrem Surrogatcharakter) der Zahlung völlig gleich. Wenn im Prozess gezahlt wird, nachdem die Klageforderung erwiesen ist, und diese Zahlung sogleich darauf eingeredet wird, weil die Klage aufrechterhalten bleibt, so dürfen die §§ 251 Abs. 2, 252 CPO. gewiss nicht zur Anwendung gelangen[76]). Bei der Aufrechnung kann es folgerichtig nicht

---

74) p. 223; vgl. auch p. 26. Jetzt b. Busch a. a. O. p. 120 (vgl. p. 64) wiederholt.

75) So z. B. Schollmeyer a. a. O. p. 71/72; 76/77; Gaupp I p. 508; 510; Reincke Note 1 b Abs. 3 zu §§ 251–254.

76) Wer aufrechnet, „verschleppt" den Prozess nicht, sondern übt ein unzweifelhaftes Recht aus; von verschuldeter Verzögerung (vgl. Mot. p. 206, 248; Komm. Prot. p. 88 ff., bes. 89/90) kann da keine Rede sein. Wenn die CPO. z. T. die „Kompensationseinrede" irrtümlich als

Digitized by Google

anders sein. Kein Mensch ist verpflichtet, eine angebliche Forderung, nur deshalb, weil sie eingeklagt ist, zu bezahlen oder durch Aufrechnung zu erfüllen. Schuldet er erweislich, so trifft ihn die Verurteilung. Die prozessuale Strafe der §§ 251 Abs. 2, 252 CPO. kann durch Nichterfüllung der Schuld, also auch durch Verzögerung der Erfüllung (Zahlung oder Aufrechnung) schlechterdings nicht verwirkt werden.

Der § 491 Abs. 2 CPO. geht allerdings davon aus, dass durch nachträgliche Vollziehung einer Aufrechnung eine Verzögerung des Rechtsstreits herbeigeführt werden könne. Diese Ansicht kann jedoch, wie schon bemerkt, für uns nicht massgebend sein[77]). Sie trifft nach der hier vertretenen Auffassung keinesfalls zu. Aber selbst abgesehen davon: Prozesskosten können, wenn die Beweisaufnahme über die Klageforderung unter keinen Umständen wegen der Eventualaufrechnung vermieden werden würde, wie ja auch die herrschende Meinung zugiebt, nur in seltenen Fällen und schwerlich je in beträchtlichem Umfange durch die nachträgliche Geltendmachung der Aufrechnung verursacht werden. Und doch setzt der § 251 Abs. 2 für die Regel voraus, dass durch die Verzögerung wirklich Kosten zufolge unnützer Beweiserhebung entstanden sind[78]). Um diese Bestimmung bei verzögerter Aufrechnung schlechthin für zutreffend zu erklären, muss man der Ansicht huldigen, dass die liquide oder erwiesene Eventualaufrechnungseinrede eine Beweisaufnahme über die Klageforderung überflüssig mache.

Auch in der Berufungsinstanz vermöchte der Beklagte, wenigstens nach der künftigen Neufassung des § 491 Abs. 2

Verteidigungsmittel bezeichnet, so ändert das hieran nichts. Die §§ 251 Abs. 2 und 252 betreffen nur Verteidigungsmittel, und die Aufrechnung ist ein solches nicht. Für diese ist nur §§ 136 Abs. 2 und 274 gegeben.

77) Kohler b. Busch 24 p. 27 vertritt, wie ich jetzt sehe, die Auffassung, von § 491 Abs. 2 CPO. werde nur die „prozessuale", nicht die „civilistische" Aufrechnung betroffen. Nachträgliche aussergerichtliche Vollziehung der Aufrechnung und Allegation derselben sei zulässig. Diese Ansicht muss mit der Unterscheidung zwischen prozessualer und civilistischer Aufrechnung verworfen werden (vgl. § 10 Note 33).

78) Vgl. Gaupp I p. 509; Struckm.-Koch Note 4 zu § 251; Fitting, RCivPr. § 45 I; GKG. § 48.

Digitized by Google

(529 Abs. 3) CPO., auf gleiche Weise die Berücksichtigung seiner eventuellen Aufrechnung zu erzwingen.

Zu diesem letzten Aushülfsmittel müsste gegriffen werden, wenn auch die zweite oben vertretene Konstruktion unrichtig wäre. Denn, wie nachzuweisen versucht ist, und wie noch weiter erhärtet werden soll: alle andern bisher vorgeschlagenen Konstruktionen sind unmöglich.

c) Materielle Bedingtheit und prozessuale Eventualität.

Wir haben bisher unterlassen, den Eventualcharakter, den der prozessuale Teil des eventuellen Aufrechnungsvorbringens, die eigentliche Aufrechnungseinrede, trägt, von dem Eventualcharakter seines materiell-rechtlichen Teils, der Aufrechnungserklärung, scharf zu sondern. Das sei in Kürze nachgeholt:

Die Eventualität beider Teile ist eine durchaus verschiedene; die der Einrede prozessual, also keine wahre Bedingtheit, die der Aufrechnungserklärung materiell-rechtlich, also wirkliche Bedingtheit (Suspensivbedingung oder condicio in praesens). Die erstere ist Correlat der zweiten, d. h. wenn die Aufrechnungserklärung nur bedingt abgegeben wird, so ist nur bei Eintritt der Bedingung eine wirksame Einrede (Allegation) denkbar, nur für diesen Fall will der Beklagte aber eine Aufrechnungseinrede vorschützen. Ganz anders liegt das Verhältnis der zweiten zur ersten. Prozessualischer Eventualcharakter kann sehr wohl einer Einrede verliehen werden, die eine zweifellos und definitiv bereits vorhandene materiell-rechtliche Grundlage besitzt, und dies ist sogar der häufigste Fall. Man stelle sich vor, eine unbedingte Aufrechnung sei vorprozessual oder prozessual vollzogen; dann bleibt es dem Beklagten dennoch unbenommen, die auf solche Aufrechnung gestützte Einrede eventuell, nach anderen Einreden, vorzubringen. Soweit prozessualische Eventualität in Frage steht, hat der Richter, wie Stölzel[79]) zutreffend betont, völlig freie Hand: er darf und muss gegebenenfalls sie ignorieren. Ganz anders bei materiell-rechtlicher Bedingtheit des der Einrede zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts, z. B. der

79) Bes. § 2.

Digitized by Google

Aufrechnungserklärung. Das bedingte Rechtsgeschäft ist hier Streitstoff; dem Richter erlauben, diese Bedingtheit ausser Acht zu lassen, hiesse: ihm die Befugnis gewähren, über die Rechte der Parteien frei nach Willkür zu schalten.[80])

Die Aufrechnungserklärung ist — bedingt — sogleich abgegeben. Bei condicio in futurum dauert sie nur einen Augenblick an und wird schon durch Zustellung eines Schriftsatzes perfekt.[81]) Vermag sie bei condicio in praesens mangels Eintritts der Bedingung nicht sogleich zu wirken, so setzt sie sich fort, wird sie während des Prozesses ununterbrochen in gleicher Bedingtheit wiederholt, bis die Umstände ihr ermöglichen, Aufrechnung zu vollziehen. Mit diesem Augenblick hört sie auf zu existieren, ist sie gewissermassen konsumiert.

Die Aufrechnungseinrede allegiert jene Erklärung. Bei condicio in praesens ist sie gleichzeitig Trägerin der fortgesetzten Aufrechnungserklärung, insofern aus ihrer Erhebung der Aufrechnungswillen konkludent erhellt. Im Moment des Aufrechnungsvollzuges und des Verschwindens der Aufrechnungserklärung streift sie ihren notwendig-eventuellen Charakter ab und beginnt den alleinigen Bestandteil des Aufrechnungsvorbringens zu bilden, das sich also auch bei Kompensationsvollzug durch einseitige Erklärung als ein eigentümliches Gebilde von wandelbarem Inhalt erweist. Dass der Komplikationen im gemeinen Rechte, bei seinem umständlicheren Aufrechnungsvollzug, noch weit erheblichere sind,[82]) kann hier nicht näher ausgeführt werden.

§ 14. Widerlegung einiger Einwürfe.

In dem oft erwähnten Werke Stölzel's finden sich mehrfach Polemiken und Einwürfe, die auf unsere Konstruktionen bezogen werden können oder ausdrücklich bezogen sind. Sie beruhen z. T. auf theoretischen Gründen, z. T. auf praktischen Erwägungen, welch letztere vorwiegend an die Möglichkeit eines bedingten Endurteils über die Klageforderung anknüpfen.

---

80) Vgl. Kohler b. Busch 20 p. 22.
81) Vgl. § 10 Note 33.
82) Vgl. Kompensationsvollz. §§ 26, 27.

Digitized by Google

Zunächst zu den ersteren.

p. 245 hebt Stölzel hervor: bei Liquidität der Gegenforderung könne über das Bestandenhaben der Klageforderung nur dann eine richterliche Entscheidung herbeigeführt werden, wenn die Klage in eine Feststellungsklage umgeändert werde. „Denn ohne Weiteres liegt in einer Klage auf Zahlung nie ein Anspruch des Klägers, dass der Richter im Interesse des Klägers über den Vollzug einer vom Beklagten geltend gemachten Aufrechnung erkenne [1]); ebenso liegt ohne Weiteres in dem Antrage des Beklagten, die Klage auf Grund einer Gegenforderung abzuweisen, nie ein Anspruch des Beklagten, dass der Richter im Interesse des Beklagten darüber entscheide, ob die Gegenforderung definitiv oder nur mit Vorbehalt zur Aufrechnung verwendet sei."

Dazu sei bemerkt: Liquidität oder Illiquidität der Gegenforderung ist an sich unerheblich; es kommt auf die Liquidität der Aufrechnungseinrede an. Diese fehlt aber gewiss wenn der Richter, wie nach unseren Konstruktionen, weiss — die Aufrechnungseinrede selbst ergiebt es ja —, dass eine Aufrechnung noch gar nicht vollzogen ist. Grundlage der Aufrechnungseinrede ist nicht das Vorhandensein einer Gegenforderung, sondern: vollzogene Aufrechnung. — Dass in der Klage auf Zahlung kein Antrag des Klägers liegt, über den Vollzug einer vom Beklagten geltend gemachten Aufrechnung und den definitiven oder eventuellen Charakter dieses Vollzugs zu erkennen, kann nicht geleugnet werden. Über den Vollzug der Aufrechnung und seinen Charakter erkennt der Richter — wenigstens rechtskräftig — niemals, höchstens über das — frühere — Bestehen oder Nichtbestehen der Klageforderung und der Gegenforderung. Auch das ist zuzugeben, dass in der Zahlungsklage kein Antrag auf Feststellung des Bestandenhabens der Klageforderung liegt. Unsere Konstruktion setzt dies aber auch gar nicht voraus. Die Entscheidung über das Bestandenhaben der Klageforderung ergeht, weil es bestritten ist, weil vor seinem Beweise eine Aufrechnungseinrede nicht erhoben ist, und weil sein Beweis

1) Vgl. dazu nunmehr noch oben § 4 Note 43.

Digitized by Google

eine Voraussetzung für den Eintritt der Aufrechnung bildet, gleichwie die Entscheidung über das Bestandenhaben der Gegenforderung stattfindet, weil ohne dies über die Begründung der Aufrechnungseinrede nicht entschieden werden kann. Der Beklagte beantragt auch nach unserer Ansicht nur Abweisung der Klage und, wie aus § 293 Abs. 2 CPO. erhellt, — kraft gesetzlicher Vermutung — Feststellung des Bestandenhabens der Gegenforderung:

p. 22 ff. führt Stölzel[2]) aus: wenn eine Einrede unter der Eventualität vorgebracht werde, dass „der Kläger die behaupteten, zur Klagebegründung genügenden, aber geleugneten Thatsachen beweisen sollte," so bleibe dies für den Verlauf des Prozesses bedeutungslos; der Richter brauche, ja dürfe unter allen Umständen solche Eventualität nicht berücksichtigen; was zum Gegenstande eines Beweises gemacht werden solle, darüber stehe der Partei keinerlei Disposition zu, darüber habe höhere Prozessrücksicht zu entscheiden. Nach dem Geiste der CPO. müsse der Richter einen einheitlichen Beweisbeschluss über das gesammte beweisbedürftige Prozessmaterial auch über etwaige nur eventuell vorgebrachte Einreden oder Repliken erlassen[3]); werde der Beweis auch der nur eventuellen Einrede vor dem über das Bestandenhaben der Klageforderung erbracht, so habe der Richter alsbald klagabweisend zu erkennen. Das Interesse, das der Kläger und der Beklagte an einer Entscheidung über das Bestandenhaben der Klageforderung besitze, dürfe der Richter nicht berücksichtigen.[4])

All diesen Sätzen muss unverzüglich zugestimmt werden.[5])

---

2) Auch bei Busch 24 p. 63, 74 ff., 107 ff., 112 ff., 120 identifiziert Stölzel zu Unrecht die (regelmässig eventuelle) Einrede der Eventualaufrechnung mit der eventuellen Einrede der Aufrechnung, indem er sie mit den gewöhnlichen, auf einen bereits definitiv klagvernichtenden Thatbestand gestützten eventuellen Einreden in Parallele setzt. p. 75 spricht er sogar von einer „Einredenatur" der Aufrechnung und p. 118 davon, dass sich die „Kompensationseinrede" „zur (sei es Eventual-, sei es Definitiv-) Aufrechnung entwickele".

3) p. 28; 218.

4) p. 29.

5) So auch Eccius b. Gruchot p. 17.

Digitized by Google

Zahlung kann nicht gefordert werden, wenn die Einrede einer rechtsvernichtenden Thatsache durchschlägt, ebensogut, wie wenn sie überhaupt nie gefordert werden konnte; und nur auf Leistung von Zahlung ist vorliegend die Klage gerichtet. Gegen unsere Ansicht ist damit nicht das Mindeste gesagt. Der Centralsatz unserer Ausführung lautet: das Rechtsgeschäft der Aufrechnung ist nur bedingt vollzogen — das wird ja auch von Stölzel an vielen Stellen[6]) energisch vertreten! Nicht die Aufrechnungseinrede ist in erster Linie eventuell, sondern die Aufrechnungserklärung.[7]) Ohne Aufrechnungserklärung, d. i. Aufrechnungsvollzug, aber keine wirksame Aufrechnungseinrede. Von dem Eventualcharakter der letzteren mag immerhin abgesehen werden; er soll den Richter nicht binden. Darf dieser aber darum ohne Weiteres Beweiserhebungen über die Gegenforderung einleiten? Gewiss nicht! Die Einrede ist es, die seiner Erwägung unterbreitet ist; für sie bedarf er — so lange die Klageforderung nicht dargethan ist — noch keines Beweises, da er ja weiss, wissen muss, dass sie noch kraftlos ist. Ein einheitlicher Beweisbeschluss über alles beweisbedürftige Material kann sich mithin nie auf die Gegenforderung erstrecken, so lange die Klageforderung an sich nicht bewiesen ist. — Auch wir gehen davon aus: „einen Prozess, in welchem der Richter erst dann zu einer Prüfung der Einrede gelangen könne, wenn er — nötigenfalls im Wege eines Beweisverfahrens — festgestellt habe, dass der Beklagte, abgesehen von der Einrede zahlen müsse, giebt es nach unseren Gesetzen nicht.“[8]) „In diesem Sinne giebt es keine eventuellen Einreden“[9]). Die Aufrechnungseinrede wird sogleich geprüft, aber eben, so lange der Beweis der Klageforderung nicht erbracht ist, ohne jede Beweiserhebung als zur Zeit noch unerheblich erkannt.

---

6) Bes. p. 147 ff., 151.

7) Ohne Begründung und ohne Grund bemerkt Mayer, Anspr. u. Rechtskr. p. 30 Note 1, der Beklagte könne auch nicht den Richter dadurch zur Entscheidung über den Anspruch zwingen, dass er eine bedingte Kompensationserklärung abgebe.

8) Stölzel p. 206.

9) Das. p. 112; vgl. ferner p. 25, 149 und 177.

Digitized by Google

p. 150 findet sich folgende Ausführung: „Mit Nichten darf die vom Beklagten geltend gemachte Eventualität dahin verstanden werden, der Beklagte erkläre nur für den Fall aufrechnen . . . zu wollen, dass zunächst in diesem Prozesse der Kläger den Beweis des streitigen Klageanspruchs erbringe; wäre dies der wirkliche Wille des Beklagten, so müsste der Richter die Einrede stets als unbegründet zurückweisen.“ Zur Begründung hierfür findet sich der Satz: solche „bedingte Einreden“ kenne unser Prozess nicht; und zur Begründung hierfür: „es ist unmöglich, den Richter zu einer Beweisverhandlung allein von dem Gesichtspunkte aus zu zwingen, dass je nach dem Resultate der Beweisverhandlung eine „eventuelle“ Einrede des Beklagten vorgeschützt oder nicht vorgeschützt sein solle.“

Auch gegen dieses Argument ist unsere Konstruktion gefeit.

Dass für uns nicht die Bedingtheit der Einrede das Wesentliche ist und die gegen die Zulässigkeit einer entsprechend bedingten Einrede gerichteten Darlegungen nichts verschlagen, wurde bemerkt. Die Einrede ist und bleibt nach unserer Auffassung von vornherein — wenn auch unter der nicht massgeblichen prozessualen Eventualität — vorgeschützt. Nur das ist in Frage: besitzt sie schon eine klagzerstörende Grundlage? Diese Frage kann aber der Richter bis zum Beweise der Klageforderung aus eigener Wissenschaft verneinen, und mithin die Einrede bis dahin unberücksichtigt lassen. Keineswegs wird nach unserer Ansicht allein von dem Gesichtspunkt aus eine Beweisverhandlung herbeigeführt, um der Einrede klagzerstörenden Inhalt zu verschaffen. Die Beweisverhandlung findet statt, weil die Klage erhoben ist und die klagbegründenden Thatsachen bestritten sind, und nur aus diesem Grunde. Dass der Richter schon voraussieht: wenn der Beweis geführt werden sollte, so tritt die Aufrechnung in Wirksamkeit, und die Einrede gewinnt Bedeutung, bleibt gleichgültig; der Richter ist hiergegen machtlos. Er kann ja auch das Vorbringen gänzlich neuen Streitstoffs nicht dauernd hindern. Die richterliche Autorität wird durch ein solches Verfahren um so weniger untergraben, als nicht nur das Bedürfnis der

Digitized by Google

Parteien, sondern auch das Interesse der Rechtspflege seine Zulassung heischt. Der damit — abgesehen von den seltenen Fällen der Chikane — allein verfolgte Zweck ist: Verminderung der Prozesse und rasche Klärung der Rechtsbeziehungen.

Gewiss braucht der Richter die Einrede nicht zu berücksichtigen, so lang sie unerheblich ist: wenn das mit den Worten gemeint wird, dass sie „als unbegründet zurückzuweisen" sei, so kann dem nur beigetreten werden. Eine Zurückweisung etwa durch Zwischenurteil wäre aber nicht angebracht, da völlig zwecklos. Bei suspensiv-bedingter Aufrechnung würde das Urteil durch Nichtberücksichtigung der Aufrechnung trotz Eintritts der Bedingung materiell fehlerhaft; daran vermag ein Zwischenurteil, das die Einrede vor Entscheidung der Bedingung zurückweist, nichts zu ändern. Bei Aufrechnung unter condicio in praesens könnte einer sofortigen Wiederholung der die Aufrechnungserklärung tragenden Einrede trotz Zurückweisung nichts im Wege stehen, sofern diese Einrede sich ja jeden Augenblick auf eine neue, d. h. die sich fortgesetzt erneuende Aufrechnungserklärung gründet, und mithin konsequenterweise ununterbrochen neue Zwischenurteile erlassen werden müssten, bis schliesslich die Einrede doch einmal, nachdem sie Kraft erlangt hat, als an sich begründet erkannt werden müsste.

Unsere Auffassung verwechselt auch nicht „eventuell von der Partei vorgebrachte Antragsbegründungen mit eventuell gestellten Anträgen";[10]) denn sie legt das Gewicht auf die nur eventuelle Vollziehung des Rechtsaktes, der einer Begründung des Klagabweisungsantrags, nämlich der Aufrechnungseinrede, zu Grunde liegt; sie behauptet nichts als was unbestreitbar wäre, nämlich, dass der Aufrechnungsakt als materieller Rechtsakt in bestimmter Weise bedingt vollzogen werden kann.

Wir gehen nunmehr auf die praktischen Erwägungen über, die Stölzel[11]) zwar nicht zur Widerlegung unserer oder einer nahe verwandten Konstruktion anführt, die aber auch unsere Konstruktion berühren.

---

10) Stölzel p. 218, 17 Note; vgl. Mayer, Anspr. u. Rechtskr. p. 16.
11) p. 204 ff.; 217 ff.; 286/287.

Digitized by Google

Gesetzt, die Klageforderung sei bestritten, ein dem Beklagten zugeschobener Eid in Bezug auf Norm oder Erheblichkeit bemängelt; die Gegenforderung, auf welcher die — eventuelle — Aufrechnungseinrede beruht, sei unbestritten. Mit vollem Rechte bekämpft Stölzel die Ansicht, die den Eid zum Urteil verstellt und für den Fall seiner Leistung, wie seiner Nichtleistung kostenpflichtige Klagabweisung statuiert. Stölzel meint aber weiter, für eine Ansicht wie die unsere bleibe nichts übrig als: zunächst den Eid über die Klageforderung durch Urteil aufzuerlegen, von der Nichtleistung die Feststellung der Klageforderung[12]) (oder etwa gar die Verurteilung zur Zahlung?) abhängig zu machen, gleichzeitig aber weiteren Termin zur Verhandlung über die erst nach verweigertem Eid in Betracht kommende Einrede der Aufrechnung zu bestimmen. In dem fortgesetzten Verfahren sei unter Aufhebung des ersten Urteils ein zweites Urteil zu erlassen. Das ergebe sich mit Notwendigkeit, wenn zur Prüfung der Gegenforderung erst geschritten werden dürfe, sobald entschieden sei, der Beklagte habe an sich zu zahlen.

Dagegen ist zunächst zu bemerken, dass nicht die Entscheidung über die Klageforderung, sondern ihr Beweis — „die Eidesweigerung" — zur Bedingung gesetzt ist. Angenommen ferner, der Richter müsse den Eid zum Erkenntnis verstellen und dürfe auch nicht bedingt über die Aufrechnungseinrede entscheiden, ehe der Beweis des Bestandenhabens der Klageforderung vollständig geführt ist, so würde er für den Fall der Eidesleistung Klagabweisung, für den Fall der Eidesweigerung Fortsetzung der Verhandlung und eventuell Beweiserhebung über die thatsächlichen Grundlagen der Aufrechnungseinrede (d. h. kein Urteil über die Klageforderung) normieren müssen. Dem würde § 427 Abs. 1 CPO. nicht entgegenstehen. Die Folge der Nichtleistung des Eides würde ja dann nach Lage der Sache nicht zu übersehen, also auch für diesen Fall eine Endsentenz garnicht festzu-

---

12) So auch das vom RG. b. Seuffert 47 p. 467 ff. vernichtete Erkenntnis.

Digitized by Google

stellen sein.[13]) Freilich wäre dieses Resultat wenig einladend und mit der gegenwärtigen Übung nicht im Einklange. In Wahrheit folgt es aber auch garnicht aus unserer Konstruktion der Eventualaufrechnung.

Zuvörderst ist zu bestreiten, dass der Richter im unterstellten oder einem ähnlichen Falle auf ein bedingtes Eidesurteil erkennen müsse. § 426 Abs. 2 CPO. gestattet ihm, wenn die Entscheidung über einzelne selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel von der Leistung eines Eides abhängt, diesen durch Beweisbeschluss oder bedingtes Zwischenurteil aufzuerlegen. Die Voraussetzung liegt schon vor, wenn dem Klagegrund ein selbständiges Verteidigungsmittel entgegengesetzt ist;[14]) also liegt sie auch vor, wenn der Beklagte die Aufrechnungseinrede erhoben hat, gleichgültig, ob sie sich auf eine eventuelle oder auf eine unbedingte Aufrechnung stützt. Folglich hat es der Richter in der Hand, im unterstellten Falle den Eid durch Beweisbeschluss zu erheben, womit jede praktische Schwierigkeit verschwindet. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass ja die Aufrechnungseinrede vor Erbringung des Klagebeweises klagzerstörender Kraft notwendig ermangelt. Auch eine dahin zielende Erkenntnis des Richters setzt Verhandlung und Prüfung der Aufrechnungseinrede voraus, die insoweit, wie oben[15]) gezeigt, zulässig sind. Auch diese Verhandlung und Prüfung kann der Richter gemäss § 137 CPO. bis nach Erledigung des Klagebeweises hinausschieben: denn mag die Aufrechnungseinrede zunächst noch materiell unerheblich sein, sie verliert dadurch nicht den Charakter eines selbständigen Verteidigungsmittels. Ist aber

---

13) Vgl. Komm. Prot. p. 177, 178; Struckm.-Koch Note 1 zu § 427; Note 1 Abs. 2 zu § 425; Petersen II p. 649; Sarwey Note 1; Bülow Note 2 zu § 427; RG. 7. p. 433. A. A. Wilmowski-Levy Note 1 Abs. 2 zu § 427; Gaupp I p. 782; Seuffert Note 1; Förster Note 4; Reincke Note I 2 a Abs. 3 zu § 427.

14) Vgl. Struckmann-Koch Note 4 zu § 426, ferner auch alle, die § 137 CPO. entsprechend deuten (vgl. oben § 13 Note 34); denn § 426 Abs. 2 soll diesen ergänzen: Mot. p. 283; Petersen p. 650; Sarwey Note 4; Seuffert Note 2c; Bülow Note 1; Förster Note 4 zu § 426. A. A. Hoffmann b. Gruchot 27 p. 211/212.

15) § 13 Note 30.

Digitized by Google

§ 137 CPO. anwendbar, so kann die Anwendbarkeit von § 426 Abs. 2 CPO. nicht geleugnet werden. Und das ist klar: Die Entscheidung des ganzen Rechtsstreites hängt hier nicht von der Leistung des Eides ab; mag sich der Richter auch über die gegenwärtige Kraftlosigkeit der Einrede schlüssig gemacht haben, er ist sich dessen bewusst, dass sie möglicherweise Kraft gewinnt. Sobald die bejahende Entscheidung über den Klagegrund, die von der Eidesleistung abhängt, den Rechtsstreit wegen Geltendmachung eines selbständigen Verteidigungsmittels nicht erledigt, kann nach § 426 Abs. 2 CPO. verfahren werden.

Aber auch, wenn der Richter § 426 Abs. 2 CPO. nicht anwenden, sondern ein bedingtes Endurteil erlassen will, führt unsere Auffassung der Eventualaufrechnung zum Ziele, und zwar durchaus zum gleichen Ziele, wie die Stölzel's.

Daraus, dass beim bedingten Endurteil der Beweis bis nach Rechtskraft dieses Urteils hinausgeschoben wird, soll keiner Partei ein Nachteil erwachsen; die Anordnung der Eidesleistung durch bedingtes Endurteil unterscheidet sich nur durch den einen Zweck von der durch Beweisbeschluss: eine definitive Feststellung der Norm und Erheblichkeit des Eides herbeizuführen.[16]) Der Richter hat für den Fall der Eidesleistung bezw. -weigerung, also bedingt, schon jetzt ein Erkenntnis zu sprechen. Der gesamte Prozessstoff wird auf diese beiden Fälle bezogen. Die Zeitlosigkeit der wahren Bedingung tritt hier scharf hervor. Der Richter muss davon ausgehen, dass die Eidesleistung oder -weigerung, die eben für ihn nur als ein Beweisgrund in Betracht kommen kann,[17]) bereits vor Erlass des bedingten Endurteils, bereits jetzt eingetreten wäre. Demgemäss hat er die Folgen festzusetzen. Bei Eidesleistung ist kostenpflichtige Abweisung geboten, das ist selbstverständlich; bei Eidesweigerung ist die Bedingung der Aufrechnungserklärung eingetreten, und diese Folge lässt sich klar übersehen. Auch der Richter übersieht

16) Vgl. Mot. p. 282/283; Hellmann Komm. II p. 336; RG. 7 p. 428/429.

17) Vgl. z. B. Struckm.-Koch Note 2 zu § 427; Wilm.-Levy Note 2 zu § 425; Förster Note 1 zu § 427.

Digitized by Google

sie. Er hat ja die Aufrechnungseinrede gerade soweit geprüft, bis er erkannt hat, dass sie vor der Hand noch keinen klagzerstörenden Inhalt besitze, dass die Aufrechnung im Augenblick der Eidesweigerung ihren bedingten Charakter abstreifen werde.[18]) Und die Verhandlung über die Aufrechnungseinrede hat ihn gelehrt, wie sich der Kläger zu der Frage der Kompensationsvoraussetzungen stellt, d. h. dass er ihr Vorhandensein nicht bestreitet.[19]) Der Richter überblickt also auch die Folge der Eidesweigerung, dass es dann einer Beweisaufnahme über die thatsächlichen Grundlagen der Kompensationseinrede und einer Verhandlung über sie nicht mehr bedarf.[20])

Die Konstruktion mit condicio in praesens zeigt hier freilich einen wunden Punkt. Man wird sagen: mit Rechtskraft des bedingten Endurteils, also vor Entscheidung der für den Aufrechnungsvollzug gesetzten Bedingung, höre die Aufrechnungseinrede, die Trägerin der Aufrechnungserklärung, auf, zu bestehen; das Verfahren, in dem sie eine Rolle spielte, sei dann abgeschlossen; die Aufrechnung trete dann also gar nicht ein. Dem könnte nur dann widersprochen werden, wenn man annehmen dürfte, dass der Prozessstoff wenigstens bis zum Eintritt der Bedingung des Urteils (der Eidesleistung oder -weigerung) als unerledigt, und so lange auch die Aufrechnungseinrede, wie alle Einreden, noch als erhoben, mithin die Aufrechnungserklärung als fortgesetzt gelten müsse.

Hiernach braucht wenigstens nach unserer Konstruktion mit condicio in futurum die von zahlreichen Schriftstellern[21]) verfochtene Möglichkeit, den Eid zunächst nur über einen präjudiziellen Punkt, ohne Entscheidung in der Sache selbst, aufzuerlegen, nicht zur Begründung dessen herangezogen zu werden, dass bei einem Eidesurteil der gedachten Art die — eventuelle — Aufrechnung berücksichtigt werden muss.

---

18) Vgl. Mayer, Anspr. u. Rechtskr. p. 32 darüber, dass der Richter Umstände, die erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung eintreten, wenn er aus der Verhandlung um sie weiss, bei der Entscheidung berücksichtigen muss.

19) Vgl. § 13 Note 30.

20) Vgl. Gaupp I p. 782.

21) Vgl. dazu Petersen p. 650 und dort cit.; dagegen noch Wilmowski-Levy Note 1 und Förster Note 4 zu § 427.

Digitized by Google

Für den Fall der Eidesweigerung hat nun allerdings auch Klagabweisung stattzufinden; aber nur auf Grund der Aufrechnung, d. h. der Erfüllung. Und da diese Erfüllung erst nach Beendigung der Verhandlung über die Klageforderung geleistet ist, und zwar ohne dass der Kläger sich zur Zurücknahme seiner Klage noch hätte bereit erklären können, so treffen die Kosten den Beklagten, der in Wahrheit unterlegen ist. — Das Urteil würde dann am besten lauten:

Im Falle der Eidesleistung wird der Kläger kostenpflichtig abgewiesen;

anderenfalls wird die Klage in der Hauptsache für erledigt erklärt und treffen die Kosten den Beklagten.

Gegen unsere Theorie darf mithin nicht die Anschuldigung erhoben werden, dass sie unnütze Eide auferlege;[22]) sie knüpft nicht dieselbe Rechtsfolge an die Leistung und die Nichtleistung des Eides.

Wie steht es aber, wenn auch die Gegenforderung oder ihre Kompensabilität bestritten ist, und darüber gleichfalls ein Eid zugeschoben ist? Auch hier schlagen die Einwände Stölzel's nicht durch. Der Anordnung der Eidesleistung durch Beweisbeschluss steht auch hier nichts im Wege. Und kommt es zum bedingten Endurteil, so weiss der Richter und hat es bei Erlass des Urteils zu beachten: bei Eidesweigerung ist kompensiert. Dann kommt es auf den vom Beklagten über die Gegenforderung zugeschobenen, vom Kläger angenommenen Eid an. Den Fall, dass die Eidesweigerung erfolgt sei, muss sich der Richter mit allen Konsequenzen vergegenwärtigen, also auch mit der, dass dann der Eid des Klägers erheblich wird. Das zeigt auch das von Stölzel[23]) gegebene Beispiel aufs Handgreiflichste. Was hindert ihn, sofort, eventuell im gleichen Urteil, den Eid über die Gegenforderung aufzuerlegen und die Folgen der Leistung und Nichtleistung auch dieses Eides zu bestimmen? Die gleichzeitige Auferlegung mehrerer nur sukzessiv erheblicher Eide wird ja allgemein gestattet,[24]) obgleich die Auferlegung des erst in

22) Stölzel p. 214/215.

23) p. 286/287.

24) Vgl. bes. Gaupp I p. 782; Struckm.-Koch Note 1 Abs. 2 zu § 425; Förster Note 4 zu § 427; RG. 7 p. 433.

Digitized by Google

zweiter Linie stehenden Eides gleichfalls Leistung oder Weigerung des ersten Eides voraussetzt und im Grunde die oft verpönte Festsetzung eines zweiten bedingten Endurteils als Folge dieser Eidesleistung oder -weigerung bedeutet.

Grösser sind allerdings die Schwierigkeiten, wenn für die bestrittene Gegenforderung oder Kompensabilität andere Beweismittel als Eid vorgeschlagen sind, und von der natürlich auch hier zulässigen Anwendung des § 426 Abs. 2 CPO. abgesehen werden soll. Ein Urteil, wie es an der Spitze dieser Erörterung als letzte Ausflucht formuliert wurde, ist aber auch hier nicht unumgänglich.

Man könnte daran denken, in solchem Falle die Beweiserhebung über die Aufrechnungseinrede schon vor der Eidesweigerung zu gestatten: das würde eine theoretische Stütze in der Erwägung finden, dass der Richter mit der Möglichkeit der Eidesweigerung rechnen und alles für eine desfallsige Entscheidung vorbereiten müsse.[25]) Aber zu diesem etwas gewaltsamen Ausweg braucht gar nicht gegriffen zu werden. Ein Urteil nach § 274, unter Vorbehalt der Aufrechnungseinrede, kann unter allen Umständen als Folge der Eidesweigerung festgesetzt werden. Wenn irgendwo, so ist dieser Paragraph hier am Platze.

Zum Schlusse sei hervorgehoben: der Regel nach kann höchstens der Beklagte, nicht der Kläger, der Beweisführer, Anlass haben, einen Eid über die Klageforderung für unerheblich zu erklären (eine Bemängelung der Norm kann vom Kläger überhaupt nicht ausgehen). Der Beklagte hat aber gerade ein Interesse daran, dass seine eventuelle Einrede nicht einer Verweisung gemäss § 274 CPO. verfalle, wie ihm bei Erlass eines bedingten Endurteils droht. Von seltenen Ausnahmefällen abgesehen, wird daher nicht nur § 426 Abs. 2, sondern auch § 426 Abs. 1 CPO. die Erhebung des Eides über die Klageforderung durch Beweisbeschluss gestatten. Bei bedingtem Endurteil aber gewährt § 274 stets einen Notbehelf.

Nach alledem kann aus der Möglichkeit jener Kompli-

25) Vgl. Gaupp I p. 977; Förster Note 4 zu § 427; RG. 7 p. 430 ff.; 20 p. 395.

Digitized by Google

kationen höchstens ein Argument gegen unsere zweite Konstruktion, nichts aber gegen unsere prinzipale Konstruktion hergeleitet werden. Und auch dieses Argument verliert an Gewicht, wenn man sich vor Augen hält, dass die Civilprozess-Ordnung an einer grundsätzlichen Verkennung des Wesens der Aufrechnungseinrede krankt, und § 274 sowie § 426 Abs. 2 CPO. immer angewendet werden können.

Betrachten wir dagegen die anderen Theorieen:

Eine condicio juris (wenn die Gegenforderung besteht) wäre nichtssagend.

Die Auffassung der Eventualität im nur prozessualen Sinne kann unter keinen Umständen zum Ziele führen, da diese Eventualität vom Richter nicht berücksichtigt zu werden braucht, und dann eine schlichte, unbedingte Aufrechnungsvollziehung als Grundlage der Einrede angenommen werden müsste. Eine solche Aufrechnungsvollziehung liegt aber dem Kompensanten fern; sie würde auch neben gleichzeitigem ernstlichen Bestreiten der Klageforderung oder anderen Einreden psychologisch gar nicht möglich sein. Dann müsste dieser Aufrechnungserklärung wenigstens das sonst notwendige deklaratorische Anerkenntnis fehlen, d. h. sie müsste als Vorbehaltsaufrechnung konstruiert werden.

Das erheblichste Bedenken, das sich gegen diese letzte Konstruktion richtet, bleibt: vollständige Erfüllung kann in der Aufrechnung ohne Schuldanerkennung nicht erblickt werden. Es wäre mithin eine Zerreissung des Aufrechnungsaktes in die zwei Teile: gegenseitige Aufhebung der Forderungen, und Anerkenntnis der — bisherigen — Existenz der beiden Forderungen sowie der Rechtmässigkeit der neu geschaffenen Rechtsposition, von Nöten, eine Zerreissung, der die zwingende Natur der Vorschriften über die notwendige Aufrechnung und die Einheitlichkeit dieses Rechtsinstituts entgegenstehen würde.

Wollte man, der Stölzel'schen Lehre folgend, der Aufrechnung ohne Schuldanerkennung, oder der Aufrechnung sub condicione juris, oder der Aufrechnung unter Suspensivbedingung oder endlich der durch eine im prozessualen Sinne eventuelle Einrede vorgebrachten Aufrechnung klagzerstörende

Digitized by Google

Kraft beimessen, so wäre die Folge: im schwebenden Rechtsstreite könnte keinesfalls, auch nicht vermittels einer Klageänderung, eine Entscheidung über das frühere Bestehen der Klageforderung und ebensowenig eine rechtskräftige Entscheidung über die Gegenforderung ergehen. Das wird noch näher dargelegt werden. Solche Entscheidung kann allein durch einen neuen, eventuell durch Widerklage des Kompensanten einzuleitenden, Prozess erwirkt werden.

Die hier vorgetragene Ansicht hingegen weist zwar, dessen bin ich mir voll bewusst, mehrere Schwierigkeiten auf. Dahin rechne ich bei Aufrechnung unter condicio in praesens den Begriff des Prozessrechtsgeschäfts, d. h. der fortgesetzten, durch die Einrede getragenen Willenserklärung, und die Komplikationen im Falle des Eidesurteils; weiter die bei beiden Konstruktionen sich ergebende Folge, dass eine Beweisaufnahme über die Gegenforderung erst nach erbrachtem Forderungsbeweise stattfinden darf. Aber nur die letzte Schwierigkeit ist eine praktische; die erstgenannte löst sich bei genauer theoretischer Ergründung bis zur Beseitigung jedes Bedenkens auf, und den Komplikationen im Falle des bedingten Endurteils wohnt keine praktische Bedeutung inne. — Die Konstruktion mit condicio in futurum aber begegnet theoretischen Bedenken überhaupt nicht.

Unsere Ansicht ist theoretisch möglich und auch mit dem § 388 BGB. im Einklange. Sie stimmt in ihren praktischen Ergebnissen — im Gegensatz zu der Stölzel'schen Ansicht — fast völlig mit der weitaus überwiegenden gerichtlichen Übung und theoretischen Meinung überein; sie meistert den Parteiwillen nicht über Gebühr. Böte sie noch weit mehr praktische Schwierigkeiten, als thatsächlich der Fall — sie müsste jeder der anderen Theorieen, deren Unhaltbarkeit zu Tage liegt, dennoch vorgezogen werden. Auch die Stölzel'sche Theorie führt, selbst angenommen, sie sei in allen Punkten theoretisch haltbar, zu sehr beträchtlichen praktischen Schwierigkeiten. Die Notwendigkeit einer Klageänderung zum Zwecke der Erreichung einer endgültigen Klarstellung der aus Forderung, Gegenforderung und Aufrechnung sich ergebenden Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien ist sicherlich weit nach-

Digitized by Google

teiliger und bedenklicher für den Kläger, als jener eine Nachteil unserer Konstruktion. Jede Klageänderung bringt Gefahren mit sich und ist zum mindesten lästig. Im amtsgerichtlichen Prozess mag dem Richter die Verpflichtung obliegen, wie auf sonstige sachdienliche Anträge, so auch auf diese Klageänderung hinzuwirken;[26]) im Anwaltsprozess fällt Pflicht und Befugnis hierzu weg. Die erforderte subtile Rechtskenntnis darf aber gewiss nicht überall — auch unter Juristen nicht — vorausgesetzt werden. — Und wie steht es mit dem Beklagten? Er könnte sich nach Stölzel,[27]) wenn Kläger die Klageänderung unterliesse, nur durch ein Mittel helfen, das, wie später gezeigt werden soll, überhaupt kaum ein Hülfsmittel sein würde: durch Widerklage auf Zahlung der Gegenforderung. — Gerade der Fall endlich, den Stölzel an die Spitze seines Buches stellt, der Fall unstreitiger Eventualaufrechnungseinrede, führt regelmässig — wenn der Kläger seinen, nach dieser Theorie befriedigten, Antrag in der Hauptsache für erledigt erklärt oder zurücknimmt — auch nach Stölzel zur Verhandlung, Beweiserhebung und Entscheidung über das frühere Bestehen der Klageforderung: denn ohne dies ist eine Erledigung des Kostenpunktes nicht möglich[28]). Dann brauchte der Beklagte aber keine gemeine Widerklage zu erheben, um seinen Zweck: rechtskräftige Feststellung des Nichtbestandenhabens der Klageforderung, zu erreichen; eine Präjudizialinzidentfeststellungswiderklage würde genügen.

Dass beide Parteien, Kläger wie Beklagter, ein Interesse daran haben, zu wissen, ob die Klageforderung durch Aufrechnung getilgt ist oder bei Klageerhebung gar nicht bestanden hat, räumt Stölzel[29]) ein; desgleichen,[30]) dass es für den Kompensanten am nächsten liegt, bei seiner Aufrechnungserklärung an eine richterliche Feststellung im gegenwärtigen Prozess zu denken.

---

26) Stölzel p. 229 ff.; jetzt auch b. Busch a. a. O. p. 127.
27) p. 159, 237.
28) Vgl. unten p. 175 ff.
29) p. 29, 239.
30) p. 149.

Digitized by Google

Muss man bei solcher Sachlage nicht darauf bedacht sein, eine Konstruktion zu finden, die diesen Gedanken und Wünschen des Kompensanten, wie auch des Klägers Rechnung trägt? Und das thut nur die hier verfochtene Auffassung, keinesfalls die Stölzel'sche, die einerseits, soweit sie Klageänderung vorschlägt, unmöglich ist, andererseits, soweit die Interessen des Beklagten auf dem Spiele stehen, diesen durch die Notwendigkeit der Erhebung einer Widerklage widerstreitet.

Zweites Kapitel.

Anwendung der Konstruktion.

§ 15. Ist Eventualaufrechnung vollständige (Surrogat-) Erfüllung?

Notwendige Aufrechnung ohne Schuldanerkennung, d. h. Vorbehaltsaufrechnung, würde unvollständige Erfüllung sein und ist daher unzulässig; das wurde in den §§ 12 und 13 dargelegt.

Wenn Stölzel[1]) die Ansicht äussert, bei Zugeständnis der einer eventuellen Aufrechnungseinrede zu Grunde liegenden Gegenforderung komme ein Aufrechnungsvertrag zu Stande, so kann man dies mit Eccius[2]) gewiss nur als eine gelegentlich hingeworfene Bemerkung ansehen. Zwar würde das dann vorliegende gerichtliche Geständnis[3]) der Existenz

---

1) p. 154 ff.; 164/165; 170.

2) B. Gruchot p. 29. Allerdings wiederholt St., wie ich nachträglich sehe, diese Auffassung b. Busch a. a. O. p. 96 nachdrücklich.

3) Ein Anerkenntnis im Sinne des § 278 CPO. kann darin nach allgemeiner und richtiger Meinung um deswillen nicht gesehen werden, weil die Gegenforderung weder ein „geltend gemachter Anspruch" ist, noch eine Verurteilung zu ihrer Zahlung erfolgen kann. — Eccius, PrPrR. § 50 Note 16 nimmt hier kein Geständnis, sondern ein, allerdings nicht nach § 278 CPO. zu beurteilendes Anerkenntnis an; da auch das Geständnis — beschränktes — konstitutives Anerkenntnis ist, so ist die Differenz unbedeutend.

Digitized by Google

(und der Kompensabilität) der Gegenforderung[4]) nicht ein nur deklaratorisches, sondern in gewissem Sinne — für den schwebenden Prozess und in den Grenzen, die § 262 CPO. zieht — ein konstitutives[5]) Anerkenntnis sein, und es ist möglich, dass es ein allgemeines konstitutives Anerkenntnis als stillschweigende Willenserklärung in sich schliesst, in welch' letzterem Falle es unzweifelhaft der Akzeptation seitens des Beklagten bedürfte[6]). Der Inhalt der Willenserklärung, des Geständnisses oder Anerkenntnisses, würde aber lauten: ich räume ein, oder ich erkenne an, dass die vorgebrachte Gegenforderung besteht (und kompensabel ist). In diesen Worten kann ein Sinn dahin: „ich bin damit einverstanden, dass unsere beiderseitigen Forderungen durch Aufrechnung in Höhe der gleichlaufenden Beträge getilgt sein sollen," niemals liegen[7]). Nimmt der Kläger die Klage zurück, so mag man darin eine Erklärung seines Einverständnisses mit der Aufrechnung erblicken, obwohl selbst dieses sehr bedenklich wäre: auch wenn der Kläger nur einsieht, dass seine Forderung durch einseitige Aufrechnung getilgt ist, wird er vernünftigerweise daraus die Konsequenz ziehen,

---

4) Das Geständnis kann sich auf Rechtsverhältnisse als solche beziehen: v. Canstein b. Busch 1 p. 259; Petersen p. 439; Gaupp Note II; Wilm.-Levy Note 3; Seuffert Note 2f; Förster Note 1b zu § 261. A. A. Struckm.-Koch Note 2 zu §§ 261–263.

5) Das aber — abweichend von dem Anerkenntnis des § 278 (vgl. oben § 11 Note 9) — kraft positiver Bestimmung einer Annahme nicht bedarf, wenngleich, wie mit Wilm.-Levy Note 7 u. Note 1 zu § 261 anzunehmen, Übereinstimmung beider Parteien wenigstens insofern, als sie die in Betracht kommende Thatsache übereinstimmend behaupten müssen, erforderlich ist. — Dass es sich um einen wirklichen Dispositionsakt handelt, ist mit Recht weit überwiegend angenommen. Freilich wird über die Beweisfrage disponiert (vgl. Petersen p. 440, 442), über Teile der Intensität des Rechtes, nicht über Thatsachen, was Betzinger p. 284, 293, 294 zutreffend als unmöglich bezeichnet (vgl. oben § 2 Note 20).

6) Das müssen hier natürlich auch alle die annehmen, die bei einem Anerkenntnis nach § 278 Annahme nicht heischen (Note 3).

7) In der Unterlassung einer Erklärung über Einverständnis oder Nichteinverständnis mit der Aufrechnung stillschweigende Erklärung des Einverständnisses erblicken zu wollen, würde bei der Überflüssigkeit einer solchen Erklärung gleichfalls nicht angängig sein.

Digitized by Google

die Klage zurückzunehmen. Und schliesslich: vollzieht die einseitige Erklärung die Aufrechnung, so ist sie vollzogen, ehe der Kläger noch die Gegenforderung zugestehen kann. Die Annahme der Offerte eines Aufrechnungsvertrags könnte niemals stattfinden. Die einfache Aufrechnungserklärung dürfte auch schwerlich je als solche Offerte gemeint sein, sondern höchstens als Offerte zum Abschluss eines Vertrages dahin, dass Kläger die bereits vollzogene Aufrechnung nicht mehr angreifen solle: die Annahme einer solchen Offerte ist aber vom Kläger in seinem Zugeständnis der Gegenforderung wiederum gewiss nicht ausgesprochen.

Geht man aber, wie hier geschieht, davon aus, dass Vorbehaltsaufrechnung überhaupt nicht aufgezwungen, sondern nur vertragsmässig vollzogen werden kann, so kann in dem Zugeständnis der Gegenforderung der Abschluss eines solchen, freiwillige Verzichtleistung auf vertragsmässige Erfüllung umfassenden, Vertrages noch weniger gefunden werden.

Damit fällt vor allem die wichtige Folgerung Stölzel's[8]), der § 388 BGB. finde auf eine Eventualaufrechnung bei Zugeständnis der Gegenforderung schon deshalb nicht Anwendung, weil diese als vertragsmässige, nicht als einseitige Aufrechnung erscheine.

Wie steht es mit der Eventualaufrechnung?

Wenn man bei Annahme einer condicio in praesens oder der — in Wirklichkeit völlig bedeutungslosen — condicio juris „falls die Forderung besteht" einen Schwebezustand, suspensive Bedingtheit, eintreten lässt, wie Stölzel[9]) mehrfach thut, muss man folgerecht leugnen, dass die Eventualaufrechnung sofortige Erfüllung sei.

Nach unserer Auffassung ergiebt sich eine klare Sachlage: Ist Eventualaufrechnung wahre suspensiv-bedingte Aufrechnung, so bewirkt sie natürlich keine gewisse gegenwärtige Erfüllung. Ihr Erfolg ist zunächst nur: ein Schwebezustand, eine Gebundenheit des Willens[10]), oder eine geschützte Hoffnung

8) p. 161.

9) Neuestens misst er (b. Busch 24 p. 79) der der Aufrechnung zugefügten condicio juris ausdrücklich „Suspensivwirkung" bei.

10) Z. B. nach Windscheid Pand. § 86 u. Note 3a das.

Digitized by Google

auf künftige Erfüllung[11]), oder die Möglichkeit sei es gegenwärtiger, sei es künftiger Erfüllung, die objektiv sogleich entschieden ist, sich aber für unsere Kenntnis erst in Zukunft entscheiden wird[12]), oder aber die Erhebung einer möglichen künftigen Thatsache zur Schöpferin der Erfüllung[13]). Mit Eintritt der Bedingung wird sie aber vollständige und gegenwärtige Erfüllung. Ist sie der im § 12 unter c formulierten condicio in praesens unterworfen, so wirkt sie — bei Vorliegen des bedingenden Ereignisses — sogleich definitive Aufrechnung, vollständige gegenwärtige Erfüllung. Bevor der Beweis der Klageforderung erbracht ist, findet eine Aufrechnung überhaupt nicht statt.

Dass die Eventualität, unter der aufgerechnet ist, eingetreten sei, müsste an sich der Kompensant beweisen. Doch macht er hierzu keine Miene, ja er bestreitet sogar diesen Eintritt und damit die Wirksamkeit seiner Aufrechnungserklärung. In Wahrheit bedarf es aber in diesem Punkte gar keines besonderen Beweises. Denn: ob das bedingende Ereignis vorliegt oder nicht, ist gerichtsnotorisch[14]); das Material, aus dem der Richter über Erfüllung oder Ausfall der Bedingung zu entscheiden hat, ist ihm notwendig ohne Weiteres unterbreitet; er hat die Frage, ob die Klageforderung bewiesen ist, d. h. ob die Bedingung der Aufrechnungserklärung vorliegt, sowieso zu prüfen.

11) Vgl. Windscheid § 89; Dernburg I § 109, und weiter die Lit. bei Enneccerus, Rechtsgesch. § 38.

12) Eine Auffassung, die durch ihre logische Schärfe und Klarheit viel Bestechendes an sich hat. Sie findet sich z. B. bei Leibniz, Jurispr. doctr. cond. in opp. omn. Genev. 1768 Vol. IV pars II cap. 16 Nr. 68; Puchta, Kursus der Institut. II § 204; Arndts, Pand. § 66 Anm. 2; Fitting, Rückzieh. p. 5 ff., 118 ff.; Schulin, Resolutivbed. u. Endterm. p. 3 ff., bes. p. 5; Brinz, Pand. IV p. 99 ff. (§ 536); Enneccerus, Rechtsgesch. §§ 27, 38, 39; auch Karlowa, Rechtsgesch. p. 76 ff. und Langenbeck, Beweisführ. p. 137.

13) Vgl. Adickes, L. von den Beding. p. 17, 22, 23; Pietzcker in Arch. f. civ. Pr. 74 p. 468 ff., 474; auch Scheurl, Nebenbestimm. p. 93/94 und Reinhold, L. v. Klaggr. p. 101.

14) § 264 (291) CPO.

Digitized by Google

§ 16. Alternativ-begründete Klagabweisung Folge der Eventualaufrechnung?

a) Stölzel's Ansicht.

Wird unter Bestreiten der Klageforderung „eventuell" eine Aufrechnungseinrede vorgeschützt, d. h. eine Eventualaufrechnung vollzogen und vorgebracht, so darf auch bei Liquidität der Gegenforderung und Liquidität ihrer Kompensabilität nicht ohne Weiteres klagabweisend erkannt werden, vielmehr bedarf es stets der Entscheidung über den Klageanspruch abgesehen von der Aufrechnungseinrede, und nur, wenn die im Übrigen begründete Klageforderung wirklich durch die Aufrechnung getilgt ist, darf auf Grund der Aufrechnungseinrede Abweisung erfolgen: dies ist die herrschende Meinung.

Mit ausführlicher Rechtfertigung ist ihr zum ersten Male [1]) Stölzel entgegengetreten. Er bestreitet, dass zwischen der Einrede der Eventualaufrechnung und sonstigen eventuellen Einreden ein Unterschied bestehe, der zu einer verschiedenartigen prozessualen Behandlung führen könne. Andererseits giebt er zwar zu, dass die Aufrechnungseinrede die Einrede eines nur eventuell vollzogenen Tilgungsaktes sei, wobei er die Eventualität dieses Tilgungsaktes wiederum, wie schon ausgeführt, sehr verschieden auffasst. Das Facit seiner Erörterungen ist aber:

Sobald die Einrede der Eventualaufrechnung liquid sei, stehe fest, dass der Klageanspruch nicht mehr existiere, sei es, dass er von vornherein nicht (oder nicht mehr) existiert habe, sei es, dass er durch Aufrechnung getilgt sei. Ohne Fortsetzung der Verhandlung über sein Bestandenhaben zur Zeit der eventuellen Aufrechnungserklärung müsse daher sogleich endlich auf Abweisung der Klage erkannt werden, und zwar unter der angeführten alternativen Begründung.

Muss dieser Folgerung, die auf einer unleugbar streng geschlossenen logischen Kette beruht, beigetreten und die

1) Weitere Stimmen im Sinne Stölzel's vgl. b. Stölzel, Eventualaufrechn. p. 193, 244 Note; b. Busch a. a. O. p. 69 Note 71.

Digitized by Google

bisherige Praxis verlassen werden? Muss die herrschende Meinung vor Stölzel's Angriffen kapitulieren? Das ist nunmehr eingehender zu untersuchen.[2])

b) Praktische Bedenken.

Stölzel erkennt an, dass die praktischen Konsequenzen seiner Ansicht sehr bedenkliche sein würden. Da die von ihm vorgeschlagenen Abhilfsmittel sich als untauglich herausstellen werden, überdies vor Inkrafttreten der CPO. gar nicht in Frage kommen konnten, so seien jene Konsequenzen kurz aufgezeigt.

Man setze den Fall: A erhebt gegen B eine Feststellungsklage (Forderung a); B erhebt — unter Bestreiten — die Einrede der Eventualaufrechnung (Gegenforderung b); die Gegenforderung b und ihre Kompensabilität ist früher liquid als die Forderung a; die letztere ist — abgesehen von der Aufrechnung — erweislich.

Nach der herrschenden Ansicht würde in dem schwebenden Prozess ausser dem gegenwärtigen Nichtbestehen von a das — einstige — Bestehen von a (rechtskräftig)[3]) und das — einstige — Bestehen von b (auch rechtskräftig) festgestellt.

Nach Stölzel würde über das Bestandenhaben von a gar nicht, nur über das gegenwärtige Nichtbestehen von a rechtskräftig entschieden werden; b würde — nicht rechtskräftig, wie sich ergeben wird — festgestellt. Erst ein zweiter Prozess auf Feststellung oder Leistung von b[4]) würde zur rechtskräftigen Feststellung des früheren Bestehens

---

2) Dabei wird von Vollzug durch materiellen Parteiakt ausgegangen. Bei richterlichem oder sonstigem prozessualen Vollzug wäre alternative Begründung der Klageabweisung so gewiss ausgeschlossen, wie solcher prozessualer Vollzug nur unbedingt erfolgen kann (vgl. Eisele a. a. O. p. 381).

3) Kompensationsvollz. p. 89 Note 10; wie ich jetzt sehe, auch Mayer, Anspr. u. Rechtskr. p. 46 Note 2 und anscheinend Wilm.-Levy Note 4 a. E. zu § 293 CPO.; vgl. ferner Eisele, Komp. p. 381 ff.

4) Ein Prozess auf Feststellung des früheren Bestehens von a würde nicht zur Feststellung des Bestandenhabens oder Nichtbestandenhabens von b führen; seine Möglichkeit ist daher hier ausser Acht gelassen.

Digitized by Google

von a sowie zur rechtskräftigen Feststellung des früheren Bestehens von b führen.

Ist die Forderung a — abgesehen von der Aufrechnung — nicht erweislich, so würde nach der herrschenden Meinung ausser dem gegenwärtigen Nichtbestehen von a das einstige Nichtbestehen von a (d. h. das Nichtbestehen von a auch abgesehen von der Aufrechnung, zur Zeit der Aufrechnungserklärung) rechtskräftig festgestellt.

Nach Stölzel würde das Urteil genau wie bei Erweislichkeit der Forderung a lauten. Erst ein zweiter Prozess könnte das frühere Nichtbestehen von a (rechtskräftig) und das gegenwärtige Bestehen von b (bei Feststellungsklage rechtskräftig) feststellen. Ob der zweite Prozess von A auf Feststellung des Nicht(mehr)bestehens von b, oder von B auf (Leistung oder) Feststellung des Bestehens von b angestellt wäre, bliebe hierbei gleichgültig: jedenfalls würde erst durch zwei Prozesse das nach dem jetzt üblichen Verfahren in einem Prozesse erreichte Ergebnis erzielt.

Nach der herrschenden Ansicht würde sogleich entschieden sein, ob die Gegenforderung konsumiert ist oder nicht. Der Kläger würde bei Erweislichkeit der Klageforderung sogleich gegen künftige Einklagung der Gegenforderung, der Beklagte bei ihrer Nichterweislichkeit sogleich gegen den Einwand vollzogener Aufrechnung im Falle der Einklagung seiner Gegenforderung gesichert sein. Der Kläger behauptet die Erweislichkeit, der Beklagte die Nichterweislichkeit der Klageforderung: das Interesse beider und der Wunsch beider geht auf Entscheidung im nämlichen Prozesse[5]), auf das von der herrschenden Meinung geübte oder gebilligte Verfahren.

Das von Stölzel vorgeschlagene Verfahren lässt das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien ungeklärt. Es führt zur Erledigung des Klageanspruchs, unleugbar. Aber diese formell-logisch korrekte Erledigung würde die Interessen der Parteien schwer verletzen, indem sie den Streit verlängerte, ja verewigen könnte: War bisher die Forderung streitig, so überträgt sich die gleiche Ungewissheit nunmehr auf die Ge-

5) RG. b. Gruchot 41 p. 952; Stölzel p. 149, 237, 239 (abweichend p. 173); a. A. das Berufungsger. b. Gruchot a. a. O. p. 949.

Digitized by Google

[illegible]

[illegible]

[illegible]

schenden Verfahren einfach der erste Richter die Gegenforderung als — dereinst — bestehend rechtskräftig festgestellt hätte.

Das Stölzel'sche Verfahren würde auch der eigentümlichen Natur des Aufrechnungsvorbringens, das sich von allem sonstigen prozessualen Vorbringen dadurch unterscheidet, dass es eine zweite in ihrem früheren Bestehen für den Rechtsstreit präjudizielle Forderung der prozessualen Erörterung und der definitiven richterlichen Entscheidung unterbreitet, nicht gerecht werden.

Aber noch mehr.

Der Kläger wird häufig nicht selbst aufrechnen wollen, vielleicht weil die Gegenforderung wegen geringerer Sicherheit oder Verzinslichkeit minderwertig, oder weil sie verjährt ist; und er hofft, dass der Beklagte von einer Aufrechnung absehen werde: zur Aufrechnung verpflichtet ist er ja keineswegs. Möglicherweise kann er gar nicht aufrechnen, weil er die Gegenforderung nicht kennt, oder weil sie gegen den Cedenten gerichtet ist, oder aus einem anderen Grunde[7]) die Aufrechnungsbefugnis nur dem Beklagten, nicht ihm, zusteht. Erklärt nun der Beklagte die Eventualaufrechnung, so wird Kläger oft genug — angenommen Stölzel's Ansicht wäre richtig — die Klage in der Hauptsache für erledigt erklären und nur noch den Antrag auf Verurteilung des Beklagten in die Kosten aufrechterhalten. Eine fundierte Kostenentscheidung könnte dann aber nur nach Feststellung des früheren Bestehens oder Nichtbestehens der Klageforderung ergehen.[8]) Die Klageabweisung[9]) zur Hauptsache (von dem Fall einer Zurücknahme der Klage in der Hauptsache mit Zustimmung des Beklagten soll hier abgesehen werden) würde dann alternativ begründet werden, d. h. die Frage, ob die Klageforderung, abgesehen von der Aufrechnung, bestand, und mithin die Klage in der Hauptsache „erledigt" ist, würde dahingestellt bleiben. Die Kostenentscheidung würde sich auf das Bestehen oder Nichtbestehen der Klageforderung vor der Aufrechnungserklärung stützen.

7) Vgl. Cosack, Lehrb. d. deutsch. bürgerl. R. I, 1 § 111.

8) Stölzel p. 123.

9) Vgl. unten § 19 bei Note 12.

Digitized by Google

Zu solchem, an sich durchaus folgerichtigen, Formalismus dürfte sich aber kein Gericht verleiten lassen. Wohl ausnahmslos würde Sach- wie Kostenentscheidung gleichmässig mit Hinsicht auf das — frühere — Bestehen oder Nichtbestehen der Klageforderung begründet werden. Das ist freilich richtig; wird die Feststellung des einstigen Bestehens oder Nichtbestehens der Klageforderung, sofern sie präjudiziell für die Entscheidung in der Hauptsache ist, rechtskräftig, wie hier angenommen wird, so wäre ein scharfes Auseinanderhalten des Falles, in dem jene Feststellung mit Rücksicht auf die Hauptsache, und desjenigen, in dem sie mit Rücksicht auf den Kostenpunkt erfolgen würde, materiell von Erheblichkeit. Die Praxis dürfte sich jedoch mit Recht auch darüber hinwegsetzen. Der Richter entscheidet sich bindend auch über die Hauptsache erst, nachdem die Beweisaufnahme über das einstige Bestehen der Klageforderung beendet ist. Er muss das Recht haben, diese Entscheidung aus dem Inbegriff des zur Zeit des Urteils vorhandenen Prozessmaterials heraus in der zweckmässigsten Weise zu rechtfertigen.

Für diesen Fall würde mithin Stölzel's Theorie zu dem gleichen Ergebnis führen, wie die herrschende Meinung.

Nicht nur der Kläger, sondern auch der Beklagte besitzt ein Interesse an einer sofortigen Entscheidung über das Weiterbestehen der Gegenforderung, d. h. über das einstige Bestehen der Klageforderung, und der Beklagte so gut wie der Kläger erstrebt, das räumt Stölzel ein, eine solche Entscheidung: daher würde Stölzel's Vorschlag nur zur Folge haben, dass künftig erst nach erbrachtem Klagebeweise sogleich definitiv aufgerechnet würde, wogegen § 251 (278) CPO., wie hervorgehoben,[10]) nicht zu schützen vermöchte. Die Unbilligkeit jener Theorie darf auch nicht mit dem Hinweis darauf entschuldigt werden,[11]) dass die trotz Bestehens einer Gegenforderung angestrengte Klage ein im Keim verfehlter Angriff sei: das ist erstens, wie schon aus den oben vorgeführten Möglichkeiten ersichtlich, als Regel unzutreffend,

10) p. 162 ff.
11) Stölzel p. 242.

Digitized by Google

und berücksichtigt zweitens nicht die Interessen des Beklagten, die gleichfalls hart verletzt werden.

Alle diese praktischen Bedenken wären freilich notgedrungen in Kauf zu nehmen, wenn die Theorie den von Stölzel eingeschlagenen Weg wiese und keinen anderen als ihn gestattete. Doch reizen sie zu einer genauen Prüfung der Richtigkeit und Wegsamkeit dieses Weges.

c) Die bisher geltend gemachten theoretischen Gegengründe.

Zunächst zu den theoretischen Gründen, die bisher von anderer Seite gegen die Ansicht Stölzel's ins Feld geführt sind.[12])

a) Das Bestehen der Klageforderung — abgesehen von der Aufrechnung — müsse festgestellt werden, weil sonst möglicherweise die Gegenforderung ohne Äquivalent, ohne dass wirklich Aufrechnung vollzogen sei, konsumiert werden würde.[13]) Die Haltlosigkeit dieses Einwandes springt in die Augen. Die Gegenforderung wird ja bei dem Stölzel'schen Verfahren gerade nur im Falle des Bestehens der Klageforderung konsumiert, also nur wenn wirklich aufgerechnet ist.

b) Das Bestehen der Gegenforderung bezw. beider Forderungen bewirke allein keine Aufrechnung; es bedürfe dazu der Aufrechnungserklärung.[14]) Dies scheint einen richtigen Gedanken zu bergen, nämlich den: bei Eventualaufrechnung ist der Wille aufzurechnen mit klagzerstörender Wirksamkeit nicht erklärt, bevor der Beweis der Klageforderung stattgefunden hat. Ohne die Erhebung dieses Beweises abweisen zu wollen, hiesse möglicherweise — bei Bestehen der Klageforderung — ohne Grund abweisen: die Gegenforderung

12) Dazu Stölzel p. 165 ff.

13) Vgl. ausser den bei Stölzel a. a. O. cit. Gensler, v. Bayer, Kohler, Leonhard, Struckm.-Koch ferner Betzinger, Beweisl. p. 371. Soweit prozessualer Vollzug angenommen wird, ist dieser Einwand keineswegs von der Hand zu weisen: vgl. oben Note 2; ferner Eisele a. a. O. p. 387. Über die auch hier zu Tage tretende prozessuale Vollzugsauffassung Kohler's vgl. § 10 Note 33.

14) Vgl. Wilm.-Levy Note 4 a. E. zu § 293; RG. b. Gruchot 41 p. 950, 951; ferner das bei Stölzel p. 184 ff. cit. Erkenntnis des OAG.'s Rostock.

Digitized by Google

würde nicht konsumiert sein (obschon ihrer Einklagung durch exceptio doli entgegengetreten werden könnte).

Dass Stölzel das Vorhandensein einer ausreichenden Aufrechnungserklärung behauptet, u. zw. für einige der von ihm vertretenen Konstruktionen der Eventualaufrechnung zu einem Teile mit Recht, braucht hier nur erwähnt zu werden.

c) Die absolutorische Sentenz habe eine verschiedene Wirkung, je nachdem sie auf Grund der Aufrechnung oder infolge sonstigen Misslingens des Klagebeweises ergehe.

Dieser Einwand, der sich zuerst bei Wetzell[15]) findet, vermag nicht durchzugreifen. Die verschiedene Wirksamkeit der absolutorischen Sentenz ist unbestreitbar und wird auch von Stölzel[16]) zugegeben, der mit vollem Bewusstsein in der alternativ-begründeten Abweisung eine Sentenz mit einer dritten Art von Wirksamkeit vorschlägt. Nur wenn eine Vorschrift dahin bestände, dass Urteile von dieser dritten Art Wirksamkeit nicht erlassen werden dürften, würde dieser Einwand etwas verschlagen.

d) Eine solche Vorschrift will nun Eccius[17]) im § 293 Abs. 2 CPO. erblicken. Aber zu Unrecht.[18]) Aus § 293 Abs. 2 CPO. kann einzig gefolgert werden, dass die Entscheidung über die Gegenforderung nur dann in Rechtskraft erwächst, wenn über das Bestehen der Klageforderung (abgesehen von der Aufrechnung) entschieden wird; keineswegs aber, dass eine solche rechtskräftige Entscheidung und mithin auch eine rechtskräftige Entscheidung über das Bestandenhaben der Klageforderung stattfinden muss. Nur den Umfang der Rechtskraft eines bestimmt gearteten Urteils, nicht den Umfang des zu verhandelnden und zu entscheidenden Prozessstoffes regelt dieser Paragraph. Höchstens das kann aus ihm entnommen werden, dass die CPO. den Erlass von Urteilen jener bestimmten Art, also unter Entscheidung über das frühere Bestehen der Klageforderung, als selbstverständlich voraus-

15) CPr. §§ 29, 46; ferner O. L. G. Hamburg b. Seuff. 48 p. 226; Eccius b. Gruchot p. 19 ff.

16) Z. B. p. 168; jetzt auch b. Busch 24 p. 75 ff.

17) A. a. O.; desgl. Mayer, Anspr. u. Rechtskr. p. 30 ff.

18) Stölzel p. 77 ff.

Digitized by Google

setzt, eine Voraussetzung, die freilich den Richter in keiner Beziehung zu binden im Stande wäre.

e) Unstreitig muss jedes Urteil den Umfang seiner Rechtskraft selbst ergeben;[19]) es wäre unzulässig und widersinnig, die Rechtskraft erst durch ein zweites Urteil abgrenzen zu lassen: das wird unten noch näher dargelegt werden. Aber auch damit ist nichts gewonnen. Stölzel zirkt den Umfang der Rechtskraft des alternativ-begründeten Urteils mit voller Bestimmtheit ab. Freilich behauptet er zu Unrecht[20]) die Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung. Aber wenn diese Rechtskraft wegfällt, so ist der Umfang der Rechtskraft des Urteils nicht minder klar umschrieben. Von einer missverständlichen Auffassung geht die mehrfach[21]) vertretene Ansicht aus: das alternativ-begründete Urteil auf Klageabweisung solle die Gegenforderung in dem Betrage, in dem wirklich aufgerechnet sei, rechtskräftig feststellen. Das wäre, wie sich zeigen wird, nicht angängig, wird aber auch von Stölzel nicht behauptet.

f) Eccius[22]) meint, das von Stölzel durch Klageänderung oder eine besondere zweite Klage erstrebte Ziel: Herbeiführung einer Entscheidung über das Bestandenhaben der Klageforderung werde ohne Weiteres erreicht; „das Prozessverhältnis sei durch den der Klage gegenüberstehenden Aufrechnungseinwand in solcher Weise erweitert, als ob neben dem Klageantrag der ausdrückliche Inzidentfeststellungsklageantrag des Klägers stände, soweit die verurteilende Entscheidung auf das Nichtbestehen der Gegenforderung zu gründen ist, mit Rechtskraftwirkung auszusprechen, dass sie nicht besteht, und soweit die eigene Abweisung auf Grund der wirksamen Aufrechnung erfolgt, zugleich zu Recht festzustellen, dass damit auch die aufgerechnete Forderung nicht mehr besteht.“ Aber die Inzidentklage kann sich nur auf

---

19) Vgl. Eccius a. a. O.; Oertmann im Arch. f. bürg. R. 14 p. 390.

20) Vgl. unten § 18.

21) So Fuchs b. Busch 10 p. 133 ff.; b. Gruchot 41 p. 127 ff.

22) A. a. O. p. 26; dagegen nun auch Stölzel b. Busch 24 p. 102 ff., 114 ff.

Digitized by Google

präjudizielle Punkte erstrecken[23]). Ist Stölzel's Ansicht im Übrigen richtig, so hört die Frage, ob die Gegenforderung noch zu Recht besteht, auf, präjudiziell zu sein; die Klageforderung ist jedenfalls untergegangen. Eine rechtskräftige Feststellung dahin, dass die Klageforderung nicht (mehr) existiert, kann allerdings durch Inzidentfeststellungsklage provoziert werden,[24]) wenn das die Leistungsklage abweisende Erkenntnis dem Kläger nicht genügen sollte. Aber diese Feststellung ist gänzlich unabhängig von der Frage, ob die Klageforderung durch Aufrechnung getilgt ist, oder an sich nicht bestand; sie führt zu keiner Entscheidung über das frühere Bestehen der Klageforderung.

Nur auf einen Punkt kann sich die in § 293 Abs. 2 CPO. geschaffene vermutete Inzidentklage beziehen, wenn sie einen praktischen Zweck haben soll: auf das — frühere — Bestehen der Gegenforderung; nur hierauf kann sie nach der Geschichte des § 293 Abs. 2 CPO. bezogen werden[25]). Einzig das kann, wie erwähnt, zugegeben werden: diese Bestimmung setzt als selbstverständlich voraus — schreibt aber nicht vor —, dass festgestellt werde, in welchem Umfange die Gegenforderung durch Aufrechnung konsumiert sei; denn nur in solchem Umfange lässt sie Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung eintreten.

g) Damit ist der Einwand, das Urteil müsse ergeben, wie weit aufgerechnet sei[26]), bereits als unzutreffend dargethan.

---

23) Das ergiebt der klare Wortlaut des § 253 CPO. Vgl. dazu ausser den Kommentaren bes. Schollmeyer, Kompensationseinr. p. 30 ff.; Rocholl b. Busch 8 p. 379/380; Oertmann b. Busch 22 p. 24 ff.; RG. 9 p. 343.

24) Denn diese Feststellung ist für die Abweisung der Leistungsklage nur präjudiziell; sie beschreitet an sich nicht Rechtskraft: Kompensationsvollz. § 34 u. dort cit. Gegen die Zulässigkeit solcher Inzidentklage z. B. Struckm.-Koch Note 5 Abs. 1 zu § 253, Note 10 Abs. 2 zu § 231; Oertmann a. a. O p. 24/25; Mayer, Anspr. u. Rechtskr. p. 15.

25) Sie wird kraft gesetzlicher Vermutung vom Kompensanten erhoben, wenngleich der Kompensat sich nicht gefallen zu lassen braucht, dass sie nicht erhoben werde; vgl. Schollmeyer a. a. O. bes. p. 29; Kompensationsvollz. §§ 23 ff.; 33 ff.

26) RG. b. Gruchot 41 p. 951.

Digitized by Google

h) Auch der Vorwurf, alternativ-begründete Abweisung stelle keine endgültige Entscheidung über den Klageanspruch dar[27]), ist unbegründet. Der Klageanspruch würde durch eine solche Abweisung endgültig abgewiesen, und nur das bliebe dahingestellt, ob er erst durch die Aufrechnung getilgt wäre oder ob er schon ohnedies nicht bestanden hätte.

i) Die Behauptung, der Kläger habe ein unbestreitbares Recht, auf Grund seiner Klage reine Sache zu bekommen[28]), weist zwar auf einen sehr wunden Punkt in der Praktikabilität von Stölzel's Ansicht, ist aber, wie schon hervorgehoben, nicht geeignet, diese Ansicht, wäre sie sonst theoretisch unanfechtbar, aus dem Wege zu räumen.

k) Dass bei prozesshindernden Einreden alternative Begründung der Klagabweisung nicht stattfinden darf[29]), ist, wie auch Stölzel[30]) mit Recht bemerkt hat, kein Argument, das gegenüber seiner Theorie verwertet werden könnte.

l) Man hätte leichtes Spiel mit dieser Theorie[31]), wenn man mit Fitting, Schollmeyer, Osann und anderen[32]) die Kompensationseinrede als wahre Klage ansähe und also die Möglichkeit annähme, sie in gleicher Weise für den Richter massgebend eventuell zu erheben wie eine Klage[33]). Da die Voraussetzung nicht zutrifft, so fällt auch die Folgerung.

d) Eigene theoretische Gegengründe.

Alle die erwähnten Einwände — mit Ausnahme etwa des zu b — ermangeln der Begründung. Und dennoch hat Stölzel Unrecht und die herrschende Meinung Recht.

Der oft verkannte[34]) springende Punkt ist und bleibt: in welchem Sinne wird bei der Eventualaufrechnung der materiell-

27) RG. a. a. O. Jetzt auch OLG. Dresden b. Seuffert 53 p. 104 ff.

28) OAG. Rostock cit. b. Stölzel p. 185.

29) Eccius p. 18/19.

30) p. 21.

31) Vgl. Geib, Theorie p. 162; oben p. 125.

32) Vgl. oben § 10 unter IV; Kompensationsvollz. § 28.

33) Vgl. z. B. Schollmeyer a. a. O. p. 31, der hier allerdings noch (vgl. Kompensationsvollz. a. a. O.) einzig die in der eventuellen Aufrechnungseinrede liegende „unentwickelte Widerklage" als Beispiel eventueller Prozessführung bezeichnet.

34) Auch von Stölzel (vgl. § 14).

Digitized by Google

rechtliche Akt der Aufrechnung vollzogen? Unzweifelhaft kann der Beklagte jeden materiellen Rechtsakt, — die Aufrechnungserklärung, wie auch die Geltendmachung eines Exzeptionsrechtes — selbst wenn er die Zufügung einer Bedingung überhaupt nicht verträgt[35]), nach Belieben derart bedingt vornehmen, dass der Richter diese Bedingtheit unter keinen Umständen ignorieren darf.[36])

Gestattet die Natur des Eventualaufrechnungsaktes alternativ-begründete Klagabweisung? — Die verschiedenen Konstruktionen sind auseinanderzuhalten.

1. Der Aufrechnungsakt ist suspensiv-bedingt (condicio in futurum: wenn Kläger beweist!). Dann ist vor Erbringung des Klagebeweises noch nicht definitiv aufgerechnet,[37]) aber es ist sogleich bedingt aufgerechnet u. zw. unter Bestreiten der Klageforderung. Es ergäbe sich die Alternative: entweder die Klageforderung besteht ohne dies nicht — oder sie ist bedingt aufgerechnet. Im letzteren Falle kann sie jedoch, wie an früherer Stelle dargelegt, bis zur Entscheidung der Bedingung noch klagend geltend gemacht werden. Mithin kann auf Grund dieser Alternative nicht klagabweisend vorgegangen werden. Wird aber nach Führung jenes Beweises die Aufrechnung definitiv, so ist damit gleichzeitig das Nichtvorliegen der Alternative des Nichtbestandenhabens der Klageforderung einerseits dargethan, andererseits durch das suspensivbedingte deklaratorische Anerkenntnis (Geständniss) des Kompensanten festgestellt. Die Abweisung erfolgt dann also einfach auf Grund der Aufrechnung.

---

35) Dann würde nur der dennoch bedingt vollzogene Akt rechtsunwirksam sein.

36) Folgt man der neuesten Kohler'schen Theorie (b. Busch 24 p. 18 ff.), ist Aufrechnung im Prozesse ein rein prozessualer Akt, so ist die herrschende Meinung ohne Widerrede im Unrecht und Stölzel im Recht. Kohler sieht den wichtigsten Unterschied zwischen seiner prozessualen und seiner civilistischen Aufrechnung darin, dass erstere wirksam bedingt vollzogen werden könne, die zweite nicht. In Wahrheit würde gerade die erstere unter keinen Umständen durch den ihr aufgeprägten eventuellen Charakter den Richter zu binden vermögen.

37) Bezw., wenn man der Entscheidung der Bedingung lediglich deklaratorische Bedeutung beimisst: es ist bis dahin noch unbekannt, ob aufgerechnet ist oder nicht.

Digitized by Google

2. Bei der hier in zweiter Linie verfochtenen Auffassung der Eventualaufrechnung ist die Klageforderung vor Erbringung des Klagebeweises gar nicht berührt. Nach Erbringung des Beweises ist unbedingt aufgerechnet: erst dann kann Klageabweisung auf Grund der Eventualaufrechnung — natürlich mit schlichter Begründung — erfolgen.

Misslingt der Klagebeweis, so bietet dies allein nach beiden Konstruktionen ausreichende Stütze für die Klageabweisung.

Aus alledem ergiebt sich, dass der Kampf gegen die alternativ-begründete Klageabweisung vor allem auf dem Gebiete der Konstruktion der Eventualaufrechnung zu kämpfen ist.

Aber selbst bei Richtigkeit derjenigen Auffassungen, auf die das von Stölzel vorgeschlagene, zu alternativbegründeter Abweisung führende Verfahren zugeschnitten ist, könnte dieses Verfahren nicht gebilligt werden.

Wäre für den Fall aufgerechnet, dass die Klageforderung besteht, d. h. unter einer condicio juris, keiner Bedingung im technischen Sinne, so müsste an sich wie bei jeder reinen Aufrechnung einfache Klageabweisung erfolgen. Sofern aber das Setzen dieser Rechtsbedingung ein Bestreiten ihres Vorliegens involvieren und also einen Vorbehalt darstellen würde, könnte nicht ohne Weiteres, wie sonst, von deren Vorhandensein ausgegangen werden; es wäre alternative Begründung der Abweisung geboten, eine Begründung für den Fall des Vorhandenseins der Rechtsbedingung, eine zweite für den Fall ihres Fehlens. Die Tilgung der Klageforderung durch die Vorbehaltsaufrechnung würde aber keine vollständige sein;[38]) vielmehr bliebe, allerdings in veränderter Gestalt, ein Rest — der Anspruch auf ein Anerkenntnis des früheren Bestehens der Klageforderung, des Untergangs der Gegenforderung, kurz der Rechtmässigkeit der durch die gegenseitige Aufhebung der Forderungen neu entstandenen Rechtslage — unbefriedigt. Über diesen Rest müsste — nach Klageänderung — jedenfalls weiter verhandelt werden, womit der praktische Wert einer im Übrigen ausgesprochenen alternativ-begründeten Abweisung hinwegfiele.

38) Vgl. § 12.

Digitized by Google

Stölzel führt für die Richtigkeit seiner Ansicht noch einige Argumente in's Feld. — Er legt[39]) dar, dass nach § 136 Abs. 2 CPO. nur die Aufrechnungseinrede, nicht aber — unter Fortsetzung der Verhandlung über diese Einrede — der sonstige Prozessstoff zu gesonderter Verhandlung verwiesen (vorbehalten) werden dürfe, m. a. W., dass eine Entscheidung über die Klageforderung allein mit Rücksicht auf die Kompensationseinrede, unter Vorbehalt der anderen Verteidigungsmittel und des Bestreitens unzulässig wäre. Dem muss umsomehr beigetreten werden, als damit auch die oben angenommene Unstatthaftigkeit einer Entscheidung im Nebenverfahren vor der Entscheidung im Hauptverfahren zugegeben wird. Aber für die Ansicht Stölzel's kann daraus schwerlich etwas gefolgert werden. Im Gegenteil! Gerade § 136 Abs. 2 CPO. lässt entnehmen, dass die CPO. eine alternativ-begründete Klageabweisung nicht ins Auge gefasst hat: denn durch Anwendung des § 136 Abs. 2 CPO. würde die Möglichkeit solcher Abweisung geradezu beseitigt werden, eine Möglichkeit, die doch auch bei illiquider Gegenforderung berücksichtigt werden müsste.

Ferner schliesst Stölzel[40]) aus dem Wörtchen „Bestehen" in § 293 Abs. 2 CPO. für seine Auffassung. Auch das ist ungerechtfertigt. Die fragliche Bestimmung geht von richterlichem Vollzuge der Aufrechnung aus; sie fasst bei den Worten „Bestehen" und „Nichtbestehen" den Zeitpunkt des Aufrechnungsvollzugs, nicht den Zeitpunkt des Urteilserlasses ins Auge[41]). Wollte man das „Nichtbestehen" — fälschlich! — im Sinne eines Nichtmehrbestehens (zufolge der Aufrechnung) auffassen, so müsste das „Bestehen" im Sinne eines Nochfortbestehens verstanden werden, womit jener Theorie

39) p. 53 ff.

40) p. 78; 179/180.

41) Vgl. unten § 18 bei Note 14. Stölzel p. 78 lässt eine rechtskräftige Entscheidung über das „Nichtmehrbestehen" eintreten; will also in diesem Falle, ohne eine Begründung für die Abweichung zu bieten, den Zeitpunkt des Urteilserlasses, in den zwei anderen von ihm angeführten Fällen dagegen den Zeitpunkt des Aufrechnungsvollzuges, entscheiden lassen; vgl. auch p. 179/180. Richtig jetzt noch b. Busch 24 p. 90 ff.

Digitized by Google

wenig gedient wäre: denn nach ihr bliebe ja gerade zweifelhaft, ob die Gegenforderung noch fortbesteht oder ob sie durch Aufrechnung konsumiert ist; letztere wäre also nicht festgestellt. Das Bestehen im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung aber, das in Wahrheit vom Gesetz gemeint ist, wird davon, ob alternativ-begründete Klageabweisung oder ein Verfahren nach der herrschenden Meinung stattfindet, ganz und gar nicht beeinflusst. Das Wörtchen „Bestehen" passt auch für die herrschende Theorie vollständig. — Ausgeschlossen ist es auch unter allen Umständen, etwa das „Bestehen" auf den Zeitpunkt des Aufrechnungsvollzugs, das „Nichtbestehen" bald auf diesen Zeitpunkt (bei Nichtbestandenhaben der Gegenforderung), bald auf den Zeitpunkt des Urteilserlasses („Nichtmehrbestehen" bei Tilgung der Gegenforderung durch Aufrechnung) zu beziehen, und auf diese Art künstlich das Wörtchen „Bestehen" zu einer Argumentation im Sinne Stölzel's erst geeignet zu machen.

Dass in Wahrheit aus § 293 Abs. 2 CPO. als stillschweigende Voraussetzung des Gesetzes ein der herrschenden Meinung entsprechendes Verfahren zu entnehmen ist, wurde oben bereits betont.

§ 17. Mittel, um den nachteiligen Folgen alternativbegründeter Klagabweisung zu begegnen.

Auch hier gedenkt Stölzel den bedenklichen Wirkungen der von ihm an sich für nötig erklärten alternativ-begründeten Klagabweisung durch mehrere Mittel vorzubeugen.

An erster Stelle steht die Änderung der Klage in eine Feststellungsklage (sei es auf Feststellung des Nichtmehrbestehens der Gegenforderung, sei es auf Feststellung des — einstigen — Bestehens der Klageforderung)[1]. Über diese, sowie die Möglichkeit, von vornherein mit der Zahlungsklage eine eventuelle Feststellungsklage zu verknüpfen[2], die bei der regelmässigen Unkenntnis oder Bestrittenheit der Gegenforderung gar nicht in Betracht kommen könnte, bedarf es keiner

1) p. 157 ff.; 171 ff.; 230 ff.; 244 ff.; 247.

2) Diese Möglichkeit fasst anscheinend Eccius p. 22/23 ins Auge.

Digitized by Google

Ausführung mehr. Die einen analogen Fall behandelnde Erörterung des § 8, in der nur an Stelle des Rückforderungsanspruchs die Gegenforderung zu setzen ist, hat die Unzulänglichkeit beider Mittel zur Genüge dargethan. Ich vermag mir auch keine Deduktion vorzustellen, die die Gangbarkeit vor allem des Auswegs der Klageänderung, auf den Stölzel das Hauptgewicht legt, nur irgend plausibel zu machen geeignet sein könnte[3]). Und das Gesetz betreffend Änderungen der CPO. stellt, wie erwähnt, keine einschlägige Neuerung in Aussicht. Die Unzulässigkeit der Wandlung in eine Klage auf Feststellung des Nichtmehrbestehens der Gegenforderung wird um so handgreiflicher, wenn man die Fälle berücksichtigt, in denen die Gegenforderung gegen den Kläger überhaupt nicht eingeklagt werden kann[4]); diese Art Feststellungsklage ist dann, auch wenn sie sonst gestattet wäre, unter allen Umständen abgeschnitten. Da dann ebenso eine Widerklage völlig

3) Ferner sei hervorgehoben, dass ja der Kläger gar nicht sicher wissen kann, wann die Gegenforderung und ihre Kompensabilität, und ob nicht die Klageforderung abgesehen von der Kompensation für festgestellt erachtet wird. Eventuelle Klageänderung giebt es nicht. Er müsste also — wollte er Abweisung jedenfalls vermeiden — mehr oder weniger auf die Gefahr hin, unnötigerweise das Bestreiten der Gegenforderung einzustellen, oder sogar die Gegenforderung anzuerkennen, und weiter auf die Gefahr hin, dass die Klageänderung wenigstens überflüssig ist (falls nämlich der Beweis der Gegenforderung sowieso nicht früher geführt worden wäre, als der der Klageforderung), seine Leistungs- in eine Feststellungsklage der bezeichneten Art umwandeln. Man sieht, dass die ganze Theorie überhaupt nur für den praktisch gewiss nicht häufigen Fall brauchbar ist, in dem die thatsächlichen Voraussetzungen der Aufrechnung zugestanden sind, obwohl eine prinzipielle Unterscheidung zwischen diesem und dem Falle des Bestreitens dieser Grundlagen (vgl. neuerdings noch Stölzel b. Busch 24 p. 127) bei der Wesensgleichheit beider Fälle unmotiviert ist. Alle von Stölzel für jenen Fall hervorgehobenen angeblichen Komplikationen treten auch in diesem Fall zu Tage, sobald die bestrittenen Kompensationsvoraussetzungen vor den bestrittenen Klagethatsachen erwiesen sind.

4) Vgl. p. 187. Dass Klage auf Feststellung von Naturalobligationen und also auch verjährten Forderungen (natürlich aber nicht Leistungsklage) gestattet sei, ist mit Recht allgemeine Ansicht: vgl. die Komm. zu § 231 CPO.; unzulässig dürfte aber z. B. eine Klage des Cessionars gegen den Cessus oder umgekehrt auf Feststellung einer dem Cessus gegenüber dem Cedenten zustehenden Forderung sein.

Digitized by Google

ausgeschlossen wäre, so könnte für jene Fälle einzig die zweiterwähnte Art Klageänderung überhaupt noch in Frage kommen.

Klageänderung und Verbindung einer eventuellen Feststellungsklage mit der Leistungsklage vermöchten auch nur dem Kläger zu dienen, nicht dem Beklagten, der doch, wie Stölzel anerkennt, Interesse wie Wunsch besitzt, eine schlicht begründete Entscheidung zu erwirken.

Dem Kläger wie dem Beklagten gleichmässig zugänglich würde die Erhebung einer Inzidentfeststellungsklage sein[5]) — wenn sie nicht, wie schon dargelegt[6]), wegen Mangels der Präjudizialität unstatthaft wäre.

Es bleiben noch mehrere nur dem Kompensanten zu Gute kommende Vorschläge zu betrachten.

Durch Erhebung einer Widerklage auf Leistung[7]) oder Feststellung des „Nochbestehens“[8]) der Gegenforderung, oder aber auf Feststellung des früheren Nichtbestehens (Nichtbestandenhabens) der Klageforderung[9]) soll der Beklagte die von ihm erstrebte Klärung der Rechtslage herbeiführen können.

Das Vorhandensein des Gerichtsstandes der Widerklage darf man nicht bezweifeln, obgleich die Gegenforderung gerade nur, soweit ihre Aufrechnung nicht vollzogen, soweit sie also nicht für die Einrede in Betracht kommt, und die Klageforderung gerade nur, soweit ihr für den schwebenden Rechtsstreit jede Bedeutung abgeht, widerklagend geltend gemacht sind; denn immerhin handelt es sich entweder um die Klage- oder um die Gegenforderung[10]).

---

5) An sie scheint das OLG. Breslau b. Gruchot 41 p. 949 zu denken.

6) p. 102 u. 192 ff.

7) Stölzel p. 94; 159; 232.

8) Das. p. 149.

9) Das. p. 94.

10) Ganz entsprechend verhält es sich, wenn Widerklage auf Zahlung des überschiessenden Betrages einer teilweise zur Kompensation verwendeten Forderung erhoben wird. Es liegt ein „teilweise gemeinsamer Thatbestand“ der Klage oder der Einrede und der Widerklage vor (Seuffert Note 3 zu § 33); während es ohne Sinn wäre, wie meist (soweit ich sehen kann von allen Komm. ausser Seuffert; ferner von Schollmeyer a. a. O. p. 156 Note 2; RG. in JWSchr. 88 p. 305) ge-

Digitized by Google

Auch das darf nicht eingewendet werden, dass ja die Klageforderung, wie auch die Gegenforderung bereits rechtshängig seien, mithin die exceptio litis pendentis Platz greife: Bezüglich der ersteren ist nur eine Leistungsklage, bezüglich der letzteren nur eine Inzidentklage auf Feststellung des Bestehens im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung anhängig. Weder die Frage des früheren Bestehens der ersteren, noch die des gegenwärtigen Bestehens der letzteren, noch der Anspruch auf Leistung aus der Gegenforderung ist bisher im Streit befangen[11]).

Wohl aber ist gegen all die obigen Vorschläge zuvörderst zu bemerken: Sie beseitigen die Schwierigkeit prinzipiell überhaupt nicht. Die Widerklage setzt einen zweiten, von dem Hauptprozess materiell völlig unabhängigen Prozess neben den Hauptprozess. Sie anstrengen hiesse nur: den zweiten Prozess, den es doch gerade zu vermeiden gilt, sogleich, u. zw. unter Benutzung der Vorteile des Gerichtsstandes, der einfacheren Form, und — insbesondere bei Identität des Gegenstandes — der geringern Kostspieligkeit[12]) der Widerklage, anstrengen.

Was die Widerklage auf Leistung oder Feststellung des Fortbestehens der Gegenforderung betrifft, so besässe sie den Vorteil der Billigkeit gegenüber einer auch formell selbständigen neuen Klage nur beschränkt.[13]) Das Objekt würde durch die Summe von Forderung und Gegenforderung gebildet. Der Beklagte würde diese Widerklage naturgemäss erst nach Erledigung einer etwaigen Beweisaufnahme über die Gegen- (und Haupt-) forderung erheben. Das Objekt würde sich also, wenn der Kläger den Klageantrag auf Verurteilung zur Zahlung aufrecht erhielte, erst nach Erledigung dieses Beweisverfahrens erhöhen, dessen Kosten den Kläger allein treffen müssten. Im Übrigen würden diesem bei Zurückweisung der Widerklage

---

schieht, zu sagen: der Anspruch (die Gegenforderung) sei hier auch „als Einrede erhoben“ u. daher sei der Gerichtsstand der Widerklage gegeben.

11) Vgl. Kompensationsvollz. § 34; oben § 8 Note 9.

12) § 11 GKG., § 10 GO. f. RA.

13) Nur, soweit bei Erhöhung des Objekts eine prozentuale Verminderung der Kosten stattfindet, was bei geringeren Objekten kaum merkbar zu Tage tritt.

Digitized by Google

die Hälfte der Kosten aufzubürden sein, d. h. aber: für die Regel nahezu eben so viel, wie er beim Fehlen der Widerklage tragen müsste; die andere Hälfte fiele dem Beklagten zur Last, d. h. aber: für die Regel nahezu eben so viel, wie ihm bei Verlust einer auch formell selbständigen Klage auferlegt werden müssten. Beim Durchdringen der Widerklage würde der Kläger in sämtliche Kosten, d. h. für die Regel nahezu ebenso viel, wie bei einer gesonderten erfolgreichen Klageerhebung des Beklagten, zu verurteilen sein. Würde die Hauptklage sogleich unter Einräumung der Gegenforderung in der Hauptsache zurückgenommen, oder wäre der Kläger, aber nicht der Beklagte, unter Einräumung der Gegenforderung, zur Zurücknahme der Hauptklage in der Hauptsache bereit, und müsste mithin deren Abweisung erfolgen, so wäre, wie bereits ausgeführt, schon mit Rücksicht auf die Kostenentscheidung im Hauptprozess die ganze Beweiserhebung erforderlich. Auch in diesem Falle könnte eine einfache Halbierung aller Kosten, wie sie Stölzel[14]) will, nicht stattfinden: beim Durchdringen der Widerklage nicht, weil dann auch die Kosten der Hauptklage den Kläger treffen, bei Abweisung der Widerklage nicht, weil dann auch die Kosten der Hauptklage den Beklagten belasten würden. Und zumeist wäre die Summe der Kosten von Klage und Widerklage nur um Weniges geringer als die zweier selbständiger Klagen.

Und weiter muss Folgendes für durchschlagend erachtet werden: Der Beklagte hat ein Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Nichtbestandenhabens der Klageforderung nur, insofern diese für das Fortbestehen seiner Gegenforderung massgebend wäre. Er kann aber die Gegenforderung selbst einklagen! Jenes Interesse besteht also in Wirklichkeit nicht. Desgleichen fehlt regelmässig das Interesse an einer alsbaldigen Feststellung der Gegenforderung, da Kompensation Fälligkeit der Gegenforderung voraussetzt, mithin die Leistungsklage gegeben ist[15]).

14) p. 232/233.

15) Vgl. Planck, Lehrb. II p. 15; Rocholl b. Busch 8 p. 372; Gaupp II; Wilm.-Levy Note 5; Förster Note 4b; Reincke Note 1b Abs. 3 zu § 231; RG. 21 p. 382 ff.; Weismann, Feststellungskl. p. 157, 159.

Digitized by Google

Es bliebe also nur die Klage auf Leistung der Gegenforderung.

Man setze nun den Fall, dass die Gegenforderung bestritten ist, und Beweis über Klage und Gegenforderung zugleich erhoben wird. Dann bleibt es nach Stölzel in der Regel bis zum Erlass des Urteils zweifelhaft, ob nicht sowieso die Abweisung auf Grund Nichtbestandenhabens der Klageforderung, ohne Rücksicht auf die Aufrechnungseinrede erfolgen wird. Die Widerklage ist also möglicherweise — wenigstens von dem hier in Betracht kommenden Gesichtspunkte aus — überflüssig. In welchem Zeitpunkte soll sie angestellt werden? Der Beklagte würde mehr oder weniger ins Blaue hinein handeln müssen, auf die Gefahr hin, unnützerweise seine Kostenerstattungsverbindlichkeit zu erhöhen. — Unzulässig aber dürfte es sein, die Widerklage nur eventuell zu erheben, wie z. B. Förster[16]) will; denn mit Recht wird eine eventuelle Klageerhebung nur gestattet, wenn sie mit der Erhebung einer prinzipalen Klage verbunden ist[17]), was hier nicht der Fall[18]).

Auch darauf sei nochmals[19]) nachdrücklich hingewiesen: der Beklagte kann z. B. bei Cession die Gegenforderung widerklagend überhaupt garnicht geltend machen. In solchen Fällen würde ihm von vornherein jedes Mittel zur Klärung der Rechtslage fehlen. Sind aber die vorgeschlagenen Abhülfsmittel nicht auf alle Fälle anwendbar, so sind sie schon darum unzureichend.

---

16) Note 2b zu § 33; auch Stölzel p. 92/93, 177.

17) Vgl. Wilm.-Levy Note 6 zu § 230; Eccius b. Gruchot 33 p. 142 ff. Die Erhebung einer Widerklage unter der Eventualität, dass die Hauptklage durchdringen werde, wird — ohne Begründung — zugelassen von Wilm.-Levy Note 2 a. E. zu § 230 CPO.; Struckm.-Koch Note 7 Abs. 4 zu § 232 CPO.; RG. in JWSchr. 87 p. 115; für unstatthaft wird sie mit Recht erklärt von Eccius a. a. O. p. 144 ff.; Gaupp I p. 440 Note 26; Seuffert Note 5 zu § 33 CPO.; Löning b. Busch 4 p. 133 ff.; Petersen b. Busch 16 p. 517 ff.; Seuffert's Arch. 40 Nr. 151.

18) Für den Kostenpunkt würde es übrigens ganz gleichgültig sein, ob die Widerklage nur eventuell erhoben wird oder nicht: vgl. oben § 8 Note 25 und Struckm.-Koch Note 7 Abs. 4 zu § 232.

19) p. 199/200.

Digitized by Google

Am wichtigsten bleibt jedoch stets der Gesichtspunkt, den man nie ausser Acht lassen möge: die letztgenannten Mittel ständen nur dem Beklagten, wie die erstaufgeführten nur dem Kläger, zu Gebote. Es darf jedoch weder der Beklagte dem Kläger noch der Kläger dem Beklagten in der hier fraglichen Hinsicht auf Gnade und Ungnade in die Hand geliefert sein. Nur wenn jeder der beiden Parteien ein Mittel zur Erreichung der erwünschten Klärung der Rechtsbeziehungen gegeben wäre, würden die praktischen Bedenken gegen die alternativ-begründete Klageabweisung behoben sein. Mag immerhin eine der Parteien ein solches Mittel besitzen; fehlt es der anderen, so ist damit nichts gewonnen. Die ersterwähnten Abhülfsmittel sind mithin auch noch deshalb unzulänglich, weil die letzterwähnten unstatthaft sind, und die letzterwähnten auch noch deshalb, weil die ersterwähnten unstatthaft sind.

Lassen sich nach alledem die bedenklichen praktischen Konsequenzen der Stölzel'schen Lehre nicht aus der Welt schaffen, so muss schon darum jeder anderen möglichen Konstruktion, die solche Schattenseiten nicht aufweist, der Vorzug gegeben werden.

§ 18. Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung bei alternativ-begründeter Klageabweisung?

Stölzel nimmt an, die Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung[1]) beschreite auch bei einem alternativbegründeten Urteil der von ihm vorgeschlagenen Art Rechtskraft und biete dem Beklagten in einem etwaigen künftigen Prozesse die im § 293 Abs. 2 CPO. verheissenen Vorteile.

1) Sehr häufig begegnet man der Ansicht, über den Aufrechnungsvollzug werde rechtskräftig entschieden (vgl. z. B. Stölzel p. 76, 80/81, 82, 83); nach Stölzel beschreitet ferner die Entscheidung über das Nichtmehrbestehen der Gegenforderung (p. 78; 79; 80/81; 95), oder über den Vorbehalt (p. 157), oder darüber, dass eventuell aufgerechnet ist, (p. 192) Rechtskraft. Durch § 293 Abs. 2 CPO. ist das jedenfalls nicht verordnet, sondern nur die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der Gegenforderung zur Zeit der Aufrechnungserklärung mit Rechtskraft ausgestattet. Vgl. oben p. 166/167. Es scheinen Reminiszenzen aus der

Digitized by Google

Dem kann schwerlich beigetreten werden.[2])

Allerdings statuiert der Abs. 2 des § 293 CPO. für einen besonderen Fall die sonst verworfene Rechtskraft der Entscheidungsgründe,[3]) d. h. aber nach dem System der CPO., die als Mittel zur Herbeiführung solcher Rechtskraft nur die Inzidentfeststellungsklage kennt, die Vermutung der Erhebung einer auf Feststellung des Bestehens der Gegenforderung (zur Zeit der Aufrechnungserklärung) gerichteten Inzidentwiderklage:[4]) es fragt sich nur für welchen Fall wird diese Rechtskraft verordnet. Unzweifelhaft sprechen auch bei dem von Stölzel vorgeschlagenen alternativ-begründeten Urteil für die

---

Theorie des prozessualen Vollzugs in diese Auffassungen hineinzuspielen (vgl. Eisele p. 381). Das zeigt augenfällig nunmehr Kohler b. Busch 24 p. 25 ff., der aus dem Charakter der im Prozess vollzogenen Aufrechnung als eines wahren prozessualen Aktes die Rechtskraft der Entscheidung über die Aufrechnung herleitet.

2) Dass bei prozessualem Vollzug, also nach der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts und der Civilprozesstheorie (Kompensationsvollz. § 9), von alternativer Begründung der Klagabweisung nicht die Rede sein kann: siehe oben § 16 Note 2 und Daubenspeck, Ref. u. Vot. p. 146 Note (5. Aufl.). Damit entfällt für die weit überwiegende Mehrzahl der in Betracht kommenden Schriftsteller die Gelegenheit, sich über die Rechtskraft der Entscheidung in dem hier fraglichen Falle zu äussern.

3) Stölzel p. 68 ff. Völlig unhaltbar ist die Ansicht Rintelen's (Prozessrecht III. 1. Abth. p. 317) und Heldmann's (b. Busch 21 p. 491), Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung trete auch ein, wenn die Klage schon aus anderen Gründen abgewiesen wird: dann ist diese Entscheidung ja gar nicht präjudiziell! — Von einer Judikatsklage aus solcher angeblichen rechtskräftigen Entscheidung, die Heldmann will, kann schon darum nicht die Rede sein, weil ein Feststellungsurteil, wie trotz der gar nicht hierher gehörigen Vollstreckbarkeit der Verurteilung zu künftiger Leistung mit Recht fast allgemein angenommen wird, der Zwangsvollstreckung (abgesehen vom Falle der §§ 775 ff. CPO.) überhaupt nicht zur Grundlage dienen kann.

4) Bei Feststellung des Nichtbestehens (Nichtbestandenhabens) der Gegenforderung Rechtskraft auch bezüglich des die Klageforderung überschiessenden Betrages dann anzunehmen, wenn dieser Betrag eventuell mit zur Aufrechnung verstellt war (z. B. Schollmeyer a. a. O. p. 98 ff., 118 ff.; Fitting, RCPr. § 76 Note 9; Seuffert Note 4 zu § 293 und die bei Fischer, R. u. Rechtssch. p. 136/137 cit., der selbst abweicht; a. A. sonderbarerweise [vgl. Note 3] Rintelen a. a. O. p. 316), hat die Konsequenz entschieden für sich. Dann ist aber auch nur,

Digitized by Google

Rechtskraft mehrere[5]) Zweckmässigkeitsgründe, die bei Erlass der fraglichen Bestimmung ins Gewicht fielen; sie würde materiell-widersprechende Entscheidungen über die Gegenforderung verhüten,[6]) (freilich ohne praktischen Wert für die Parteien![7])) und eine erneute Beweiserhebung über das Bestandenhaben der Gegenforderung im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung abschneiden.[8]) Aber diese Gründe sind nicht die einzigen, die den § 293 Abs. 2 CPO. veranlasst haben.

Stölzel geht davon aus, § 293 Abs. 2 CPO. greife Platz, sobald das Bestehen der Gegenforderung präjudiziell sei. Aus der Geschichte und dem Wortlaut des § 293 Abs. 2 folgt dies nicht.

Auf die ll. 8 (7) § 2 D. 3,5 und 7 (6) § 1 D. 16,2 soll nicht eingegangen werden; sie handeln nur von der Feststellung des „Nichtbestehens" der Gegenforderung, und besitzen schon um deswillen für uns keine Beweiskraft, weil das römische Recht vermutlich Rechtskraft der Urteilsgründe annahm.[9]) Auch auf das preussische Recht soll nicht zurückgegriffen werden.

Die Geschichte des § 293 Abs. 2 CPO., dessen Wurzeln freilich in das gemeine und preussische Recht hineinreichen, beginnt für unsere Frage wichtig zu werden erst bei den Beratungen der Norddeutschen Kommission. Dort wurde die besondere Natur der Kompensationseinrede (der „blos versteckten Widerklage") hervorgehoben, bei der „der Exzipient seinen Gegenanspruch zum Zwecke der Befriedigung bis zur Höhe des gegnerischen Anspruchs verfolge"[10]); und zunächst in den damaligen § 378 der Passus eingeschoben: „oder über das Bestehen oder Nichtbestehen eines zum Zweck der Kom-

---

weil und soweit die Gegenforderung zur Aufrechnung verstellt war, und Präjudizialität vorlag, Rechtskraft eingetreten. Es steht dies also durchaus mit der im Text vertretenen Auslegung des § 293 Abs. 2 CPO. im Einklange.

5) Nicht dieselben, wie Stölzel p. 87 annimmt. Vgl. unten p. 211.

6) Mot. z. CPO. p. 226/227 („Timor ne varie judicetur").

7) Vgl. oben p. 187/188.

8) Dazu jetzt Stölzel b. Busch p. 92.

9) Vgl. Kompensationsvollz. § 34.

10) Prot. p. 794; vgl. auch p. 608, 790.

Digitized by Google

pensation erhobenen Gegenanspruchs bis zum Betrage des gegenüberstehenden Hauptanspruchs[11]). Später[12]) wurde, ohne dass die Protokolle die hierfür massgebenden Gesichtspunkte anführen, folgende Fassung beschlossen: „Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer zum Zwecke der Kompensation geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrages, mit welchem kompensiert werden soll." Diese Fassung ist mit einer unwesentlichen Änderung in die CPO. übergegangen.

Die Motive[13]) enthalten zur Begründung der Bestimmung nur die Worte: „Wird die Einrede der Kompensation vorgeschützt, so muss es als Absicht der Parteien angenommen werden, dass das Bestehen oder Nichtbestehen der compensando geltend gemachten Gegenforderung pro concurrente summa unter ihnen festgestellt werden solle. Über die summa concurrens hinaus ist eine Feststellung der Absicht der Parteien nur entsprechend, wenn diese Feststellung ausdrücklich beantragt worden ist." In der Reichstagskommission und im Plenum des Reichstags hat eine Erörterung der Bestimmung nicht stattgefunden.

Zunächst ist Eines klar, was m. W. bisher nur von Eccius[14]) und z. Th. von Stölzel[15]) bezweifelt wird: überall ist hier das Bestehen oder Nichtbestehen im Zeitpunkt des Aufrechnungsvollzugs gemeint. Dass nach Vollziehung der Aufrechnung von einem Bestehen der Gegenforderung nicht mehr die Rede sein kann, ist selbstverständlich und von den Verfassern der CPO. sicher nicht übersehen. Diese huldigten aber der Theorie des prozessualen (richterlichen) Aufrechnungsvollzugs, nach der die Aufrechnung erst mit Rechtskraft des Urteils durchgeführt ist. Sie konnten also mit Recht einen Ausspruch über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung noch im Urteile vorschreiben. Geht die Gegenforderung schon vor Urteilserlass durch Auf-

11) Das. p. 794.
12) Das. p. 819.
13) p. 227.
14) B. Gruchot p. 27/28; 25 ff.
15) Vgl. oben p. 197/198.

Digitized by Google

rechnung unter, so kommt nur eine Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens (Bestandenhabens oder Nichtbestandenhabens) im Zeitpunkte der Vollziehung des Aufrechnungsgeschäftes in Betracht. Auch das Abänderungsgesetz[16]) bezieht die Feststellung des „Nichtbestehens“ noch auf diesen Zeitpunkt, und versagt der Entscheidung über das „Bestehen“ nur deshalb die Rechtskraft, weil dann — wie Seuffert[17]) und Geib[18]) energisch, aber ohne genügenden Grund betonen — die Einrede der Rechtskraft überflüssig, die Einrede der Tilgung durch Aufrechnung ausreichend erscheine.[19])

Wie schon früher[20]) bemerkt, darf hiernach Stölzel aus dem Worte „Bestehen“ in § 293 Abs. 2 CPO. nichts für sich und gegen Mayer herleiten, der keineswegs Bestehen und Nichtbestehen identifiziert.[21]) Die ganze Frage spitzt sich dahin zu: findet eine rechtskräftige Feststellung des Bestandenhabens der Gegenforderung nach § 293 Abs. 2 CPO. auch statt, wenn eine Aufrechnung gar nicht vollzogen wird, oder nur dann und soweit, als wirklich aufgerechnet ist? Mayer in Übereinstimmung mit Doktrin wie Praxis, huldigt — ohne freilich die Möglichkeit eines alternativ-begründeten Urteils in Betracht zu ziehen — der letzteren Ansicht, Stölzel der ersteren. M. E. kann an der Richtigkeit der letzteren nicht gezweifelt werden.

Nur für den Fall des Bestehens der Klageforderung und in deren Höhe „verfolgt der Exzipient seinen Gegenanspruch zum Zwecke der Befriedigung“; nur eventuell ist, um mit den Protokollen der Nordd. Komm. zu reden, die „versteckte“ Widerklage angestellt; konsequent könnte bei alternativ-begründeter Abweisung nur eventuelle Rechtskraft

16) Vgl. Mot. zu § 293 des Entw. betr. Änderungen der CPO.
17) B. Busch 16 p. 470.
18) Komp. §§ 9, 10, auch § 4; dazu unten p. 212.
19) Vgl. auch Schollmeyer a. a. O. p. 8 u. 19.
20) p. 197 ff.
21) Wie ihm Stölzel p. 179 vorwirft. Dass Stölzel die Begriffe „Bestehen“ und „Nichtbestehen“ unzureichend scheidet, wenn er auch ein „Nicht mehr bestehen“ Rechtskraft gewinnen lässt, darüber oben a. a. O.

Digitized by Google

eintreten,[22]) eine Rechtskraft, die sowohl ihrer Existenz, wie ihrem Umfange nach völlig unbestimmt wäre.

Unzweideutig sprechen die erste Fassung des § 378 Nordd. Entw., nach der Rechtskraft eintritt bis zum „Betrage des gegenüberstehenden Hauptanspruchs", und die Motive des Entwurfs der CPO., nach denen die Feststellung „pro concurrente summa" erfolgt. Die jetzige Formulierung des § 293 Abs. 2 CPO. „bis zur Höhe desjenigen Betrages, mit welchem aufgerechnet werden soll", kann nicht besagen, dass auch, soweit wegen Nichtbestehens der Hauptforderung, keine Aufrechnung stattgefunden hat, Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung eintrete; vielmehr ist, wie Stölzel[23]) treffend ausführt, nur darum nicht gesagt: „mit welchem aufgerechnet wird", weil dann der Fall des Nichtbestehens der Gegenforderung nicht betroffen würde; und es „soll" nach dem Willen des Kompensanten ja auch nur bis zur Höhe des Betrages aufgerechnet werden, in dem die Klageforderung besteht. Hieraus folgt: nur in Höhe der summa concurrens der Klageforderung wird das Bestandenhaben der Gegenforderung rechtskräftig festgestellt, also nur, soweit wirklich aufgerechnet ist, soweit die Klageforderung bestand.[24])

Betrachten wir nun das Stölzel'sche Urteil:

Ob und in welchem Betrage die Klageforderung bestand, lässt es dahingestellt; darüber würde in einem anderen Pro-

---

22) Die Rechtskraft geht nur soweit, wie die Rechtshängigkeit; diese aber ist eine nur eventuelle (Inzidentklage): vgl. z. B. Schollmeyer a. a. O. p. 11; 31 ff.; Kohler b. Busch 20 p. 36 ff.

23) p. 84; p. 85 aber wieder anders.

24) Das darf als die fast allgemeine Meinung angesehen werden. Vgl. z. B. Dernburg, Komp. § 50 (1. Aufl. p. 484/485); Hellmann Komm. II p. 163; Struckm.-Koch Note 4 Abs. 2 zu § 293; Gaupp I p. 598; Petersen I p. 495; Sarwey Note 4; Bülow Note 1; Förster Note 4c zu § 293; Reincke Abs. 2 u. 4 der Note zu § 293 Abs. 2; Fitting RCPr. § 76 bes. Note 7; RG. b. Gruchot 41 p. 951, Fuchs das. p. 129 ff.; Mayer a. a. O. p. 30 ff.; siehe Stölzel selbst p. 731 — Ich sehe keinen Anlass, in dem neuerdings von Stölzel b. Busch p. 93 angeführten Falle eine Abweichung zu gestatten; m. E. ermangelt auch dort die Entscheidung über die Gegenforderung zweifelsohne der Rechtskraft.

Digitized by Google

zesse zu befinden sein. Es wäre rechtskräftig entschieden, dass die Gegenforderung im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung in dem Falle und in dem Betrage bestand, in dem die Klageforderung im gleichen Zeitpunkte existierte. Insofern und insoweit der zweite Richter die Klageforderung des ersten Prozesses für dereinst bestehend erachten würde, dürfte er von der Entscheidung des ersten Richters über die Gegenforderung nicht abweichen: die — praktisch hier unerhebliche — Möglichkeit widersprechender Entscheidungen würde also auch hier wegfallen, desgleichen eine neue Erörterung der Gegenforderung insoweit vermieden werden. Indes: eine derart nach Existenz und Umfang unbestimmte Rechtskraft, die erst mit Hülfe eines zweiten Urteils Umgrenzung und praktische Verwertbarkeit erhielte, dürfte dem Wesen der Rechtskraft, wie es wenigstens in der CPO. gefasst ist, widersprechen, also unannehmbar sein. Dazu kommt folgendes: Der Kompensant müsste im späteren Prozesse, wollte er sich auf das Judikat stützen, zum Nachweise, dass ein Judikat vorliegt, das einstige Bestehen der gegnerischen Forderung darthun, dessen Beweis an sich dem Gegner obliegen würde — gewiss keine angenehme Beigabe; und wenn und soweit er jenen Nachweis führte, würde er gleichzeitig die Tilgung seiner Gegenforderung durch Aufrechnung darthun, also sich selbst schlagen. Die Rechtskraft der fraglichen Entscheidung könnte ihm also nur genau soweit dienen, als seine Gegenforderung untergegangen ist, d. h. als er einer Rechtskraft nicht bedarf; sie wäre für ihn in Hinblick auf den zweiten Prozess völlig wertlos.

Eine Rechtskraft in diesem unhaltbaren Sinne ist aber die einzige, die aus dem § 293 Abs. 2 CPO. gefolgert werden könnte.[25])

Freilich soll zugegeben werden, dass eine Rechtskraft unabhängig davon, ob eine Aufrechnung in Wirklichkeit vollzogen ist, oder nur wegen Nichtbestehens der Gegenforderung

25) Dies scheint auch der Grundgedanke von Heldmann b. Busch 21 p. 491 zu sein, der die Rechtskraft hier um deswillen leugnet, weil für keine Partei „ein Plus entstehe". Dass er dann allerdings in sich inkonsequent wäre, ergiebt Note 3 hier.

Digitized by Google

nicht vollzogen ist, im Falle der Präjudizialität der Entscheidung über die Gegenforderung[26]) möglicherweise normiert worden wäre, wenn man bei Abfassung der CPO. an die Möglichkeit alternativ-begründeter Urteile der fraglichen Art gedacht hätte.[27]) Es bleibt jedoch zu berücksichtigen: Wohl der wesentlichste praktische Zweck des § 293 Abs. 2 CPO. geht dahin, einen künftigen Rechtsstreit über die Gegenforderung überhaupt abzuschneiden. Die Erörterung der Gegenforderung kann aber in dem ersten Prozesse nur dann endgültig geschehen, wenn es auf die Kompensation ankommt, und entweder die Gegenforderung sich als nichtbestehend herausstellt, oder durch die Aufrechnung aus der Welt geschafft wird. Bei alternativ-begründetem Urteil würde ein zweiter Prozess über die Gegenforderung geradezu provoziert! Die Rechtskraft hätte hier insofern keinen Nutzen.[28]) Daraus aber, dass man bei Abfassung der erörterten Bestimmung die Möglichkeit alternativ-begründeter Urteile nicht erwogen, oder wenigstens für sie keine Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung angeordnet hat, erhellt, dass die von Stölzel vertretene Auffassung der Eventualaufrechnung dem Gesetze nicht zu Grunde liegt.

Ausser bei Stölzel findet sich denn diese Auffassung auch nur noch[29]) bei Wilmowski-Levy,[30]) und nur in einer ganz gelegentlichen mit den vorangehenden Ausführungen im Widerspruch stehenden und auf dem Missverständnisse eines Auf-

---

26) Jedoch ist zu beachten: will man die Präjudizialität der Entscheidung als Kriterium ansehen, so ist nicht ersichtlich, weshalb man die Rechtskraft auf die summa concurrens beschränkt. Hält man nicht die nach unserer Ansicht von der CPO. gezogene Grenze inne, so ist eine begründete Grenze überhaupt nicht mehr zu finden.

27) Oder — bei Annahme prozessualen Vollzugs — hätte denken können: vgl. Note 2.

28) Insoweit Stölzel vertragsmässigen Aufrechnungsvollzug behauptet (vgl. oben § 15 a. A.), müsste er von vornherein Rechtskraft der Entscheidung über das Bestehen für ausgeschlossen halten: siehe Kompensationsvollz. p. 61.

29) Das OLG. Breslau b. Gruchot 41 p. 949 scheint hier a. A. als Stölzel.

30) Note 4 a. E. zu § 293.

Digitized by Google

satzes von Fuchs beruhenden Bemerkung. Stölzel führt weiter[31]) noch Fuchs als Vertreter seiner Ansicht auf. Dieser sowohl, wie das Amtsgericht I Berlin[32]) helfen sich jedoch, um die Annahme rechtskräftiger Entscheidung der Gegenforderung zu rechtfertigen, mit der gewaltsamen Deduktion: das alternativ-begründete Urteil sei in Wahrheit ein schlicht begründetes, es stelle das Bestehen der Klageforderung implicite fest.

Könnte an der Richtigkeit obiger Darlegung noch ein Zweifel obwalten: für das künftige Reichsrecht wird jede Unklarheit zerstreut durch die Neufassung des § 293 Abs. 2 (§ 322) CPO. Darnach beschreitet nur noch die Entscheidung über das „Nichtbestehen" d. h. das Nichtbestandenhaben der Gegenforderung Rechtskraft, eine Bestimmung, die freilich nur durch kaum schlagende doktrinäre Erwägungen veranlasst, schwerlich zweckmässig und kaum konstruierbar sein dürfte[33]). Im Falle eines alternativ-begründeten Urteils bleibt dann für die Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung kein Raum. Stölzel[34]) beruft sich gegenüber diesem Abänderungsvorschlag auf das behauptete Bedürfnis, den Umfang der Rechtskraft auch für Urteile der hier bekämpften Art zu normieren[35]). Aber einem solchen etwaigen Bedürfnis ist durch § 293 Abs. 1 CPO. genügt! § 293 Abs. 2 CPO. würde allerdings nicht Platz greifen. Das verhindert aber nicht, dass die Rechtskraft scharf und unzweideutig umgrenzt wäre.

Das Ergebnis lautet: auf das alternativ-begründete Urteil findet § 293 Abs. 2 CPO. keine Anwendung.

Auch hieraus lässt sich ein nicht unerheblicher Einwand gegen die Stölzel'sche Konstruktion der Eventualaufrechnung

---

31) p. 87 Note 3.

32) B. Busch 10 p. 131 ff.; 134 ff.; b. Gruchot 41 p. 127 ff., bes. p. 131.

33) Vgl. Kompensationsvollz. p. 72 Note 14 a. E.; Herzog b. Busch 1 p. 423/424; Dernburg, PrPrR. I § 137 Note 20. Durch seine missverständliche Auffassung des § 293 Abs. 2 wird Eccius a. a. O. p. 27 veranlasst, in der vorgeschlagenen Neufassung eine „dankenswerte Klarstellung" zu erblicken.

34) p. 86 ff. Jetzt noch b. Busch p. 91 ff.

35) Dagegen Eccius b. Gruchot p. 28.

Digitized by Google

herleiten. Dass allerdings aus § 293 Abs. 2 CPO. allein die Notwendigkeit einer Entscheidung über das Bestandenhaben der Klageforderung nicht resultiert, wurde schon früher ausgeführt.

§ 19. Die Kostenentscheidung.

Eine grössere Zahl von Spezialfragen über die Kostenentscheidung ist schon bei Gelegenheit behandelt. Hier sei ex professo nur auf den Kardinalpunkt eingegangen.

Angenommen, der Kläger erkennt die Gegenforderung an, richtiger: er bestreitet die thatsächlichen Grundlagen der Aufrechnungseinrede (auch die Kompensabilität der Gegenforderung) nicht oder räumt sie ein. Über die bestrittene Klageforderung wird Beweis erhoben. Mag er gelingen oder nicht, der Kläger wird kostenfällig abgewiesen: so will es die überwiegende Praxis. Mit Recht haben sich gegen die der Billigkeit widersprechende Kostenbelastung des Klägers bei Gelingen des Klagebeweises schon mehrere Schriftsteller[1]) gewendet. Neuestens ist ihnen Stölzel gefolgt. Er erblickt[2]) in dieser Kostenbelastung „die unleugbar notwendige Konsequenz der Annahme, dass bei streitiger Hauptforderung, aber unstreitiger kompensabler Gegenforderung eine Beweisaufnahme über die Existenz der Hauptforderung und — gleichviel welches Resultat die Beweisaufnahme habe, die Klageabweisung geboten sei.“ Vor allem aus diesem Grunde erachtet er die herrschende Theorie für gerichtet und seinen Vorschlag für unabweisbar. M. E. widerspricht indessen die gerügte Kostenentscheidung ebenso sehr wie der Gerechtigkeit auch der herrschenden, insbesondere der hier vertretenen Theorie.

Nach § 87 (91) CPO. hat die „unterliegende Partei“ die Kosten zu tragen. Welche Partei „unterliegt“, wenn der

---

1) Kompensationsvollz. p. 52/53, 54 u. dort zit.

2) p. 2; vgl. ferner p. 218 ff., 251. Jetzt auch b. Busch p. 119 ff., wo er als den praktischen Kern seiner Schrift (über Eventualaufrechnung) die Gewinnung eines Auswegs zur Vermeidung der üblichen ungerechten Kostenentscheidung bezeichnet und daraus, dass sich diese ungerechte Entscheidung aus der herrschenden Beweisaufnahmetheorie notwendig ergebe, auf die Unrichtigkeit dieser Theorie schliesst.

Digitized by Google

Kläger im Prozessverlauf befriedigt wird, aber obgesiegt hätte, wenn er nicht befriedigt worden wäre?

Erkennt Kläger die Thatsache der Befriedigung, sobald sie eingetreten ist, an und zieht daraus die Konsequenzen, die er daraus ziehen kann, d. h. nimmt er im Einverständnis mit dem Beklagten die Klage in der Hauptsache zurück[3]) oder aber erklärt den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt, so können ihn auch nach Stölzel[4]) keine Kosten treffen.[5])

Derjenige „unterliegt" im Sinne des § 87 (91) CPO., der „zu Unrecht streitet",[6]) d. h. „wer als Recht verfolgt oder verteidigt, was nicht Recht war".[7]) Der § 89 (93) CPO. ist nur eine „scheinbare Ausnahme" vom Prinzip des § 87 (91) CPO. und auch im Fall des § 89 (93) findet ein „eigentliches Unterliegen" des Beklagten nicht statt, wie die Motive[8]) versichern.[9]) Nur die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Kosten sind zu erstatten. Aber weder waren die Kosten des Prozesses zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung des Beklagten erforderlich,[10]) noch kann geleugnet werden, dass sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Klägers notwendig aufgewendet sind;[11]) denn, wie nochmals hervorgehoben sei, ganz abgesehen von den Fällen, in denen der Kläger gar nicht zu kompensieren in der Lage oder berechtigt war: eine Verpflichtung, zu kompensieren, besteht nicht; die Zweckmässigkeit der Rechtsverfolgung kann nicht mit Rücksicht auf das Vorhandensein eines Rechtes zur Aufrechnung, verneint werden.

3) Eine wahre Klagezurücknahme! A. A. Pfizer b. Gruchot 30 p. 105/106.

4) p. 122/123.

5) Vgl. ferner Gaupp I p. 210 u. dort cit.; ferner LG. Hall b. Busch 12 p. 246 ff.; RG. 6 p. 432; 20 p. 432; b. Seuffert 37 Nr. 341; bes. Pfizer a. a. O. p. 110.

6) Pfizer a. a. O. p. 107 ff.

7) Francke b. Busch 6 p. 67; desgl. Wilm.-Levy I 7. Aufl. p. 164; vor allem RG. in JWSchr. 93 p. 499.

8) p. 113 (Hahn I p. 199).

9) Gerade § 89 würde nach Fischer, Recht und Rechtsschutz p. 53 ff., vorliegendenfalls analog zur Anwendung zu bringen sein.

10) Vgl. dazu Wilm.-Levy a. a. O. p. 169 (über die Kosten der Beweisaufnahme).

11) Vgl. Gaupp I p. 210.

Digitized by Google

Das „für erledigt erklären“ der Klage in der Hauptsache, stellt sich, wie Fischer[12]) richtig erkennt,[13]) nach dem gegenwärtigen Stande unseres Civilprozessrechts als eine Klagabweisung dar.[14]) Da es nun heute fast unbestritten ist, dass bei einem solchen „für erledigt erklären“ dem Beklagten die Kosten auferlegt werden können, so ist damit zugegeben, dass unterliegende Partei im Sinne des § 87 CPO. sehr wohl die nach dem Tenor obsiegende Partei sein kann.

Wie steht es nun nach unserer Konstruktion der Eventualzahlung in dem hier zu Grunde gelegten Falle?

Der Kläger ist durch Aufrechnung genau in demselben Augenblick befriedigt, in dem sich sein Anspruch an sich bewahrheitet hat. Jede Veranlassung, weiter zu „streiten“, ist ihm damit entzogen. Er weiss aber autoritativ bis zum Urteilserlass, ja, bis zur Rechtskraft des Urteils nicht, ob er bereits befriedigt ist. Er ist daher nicht in der Lage, seine Klage in der Hauptsache für erledigt zu erklären; bedingt freilich mag er dies immerhin thun.

Trotz Abweisung des Klägers in der Hauptsache, oder Ausspruch, dass die Klage in der Hauptsache erledigt sei, fallen also dem Beklagten im unterstellten Falle die Prozesskosten zur Last.

Dieses Ergebnis liegt so offenbar auf der Hand, dass sich seine häufige Verkennung, wie so viele verbreitete Irrtümer des Kompensationsrechtes nur durch einen Umstand erklären lässt: mangelnde Differenzierung zwischen prozessualen Einreden sowie Exzeptionen einerseits und dem, einen

---

12) a. a. O.

13) Nahe kommt dieser Ansicht auch RG. 20 p. 432.

14) Die herrschende Meinung (vgl. die oben Note 5 zit.) nimmt an, dass desfalls in der Hauptsache gar kein Urteil erlassen werde. Dann könnte natürlich auch keine Rechtskraft des Ausspruchs, dass die Klage in der Hauptsache erledigt sei, angenommen werden, was zum Wenigsten den Interessen des Beklagten zuwiderliefe. Die CPO. kennt nur ein Mittel, den einmal eingeleiteten Prozess ohne Sachentscheidung zu beenden: Klagezurücknahme! Nach Eintritt in die Verhandlung zur Hauptsache bedarf diese aber der Zustimmung des Beklagten, dessen Interesse wiederum auf eine rechtskräftige Sachentscheidung geht.

Digitized by Google

materiellrechtlichen Erfüllungsakt bergenden, nur zum Teil prozessualen Aufrechnungsvorbringen andererseits.

Verschieden liegt der Fall, in dem der Kläger die Gegenforderung oder sonstige thatsächliche Grundlagen der Aufrechnungseinrede zu Unrecht bestritten hat.

Dann hat er „zu Unrecht gestritten", die Prozessentscheidung zu Unrecht hinausgezögert und Kosten verursacht; er ist in Wahrheit, auch im Sinne der §§ 89, 87 CPO., der unterliegende Teil, ihn müssen die Kosten treffen.

Auch dies Ergebnis stimmt mit demjenigen Stölzel's überein.

Hiernach dürfte der Beweis erbracht sein, dass die herrschende Meinung über die Behandlung der Eventualaufrechnungseinrede keineswegs dem Beklagten gestattet, beliebig auf Kosten des Klägers zu streiten, Beweiserhebungen zu veranlassen und den Prozess hinauszuzögern, dass sie vielmehr der Billigkeit durchaus genügt.

§ 20. Zusammenfassung.

Der Streit über die Behandlung des Prozesses bei unbestrittener Eventualaufrechnung dreht sich um die Konstruktion der Eventualaufrechnung; das kann nicht nachdrücklich genug betont werden. Alles Andere spielt nur eine adminikulierende Rolle. Wäre die Aufrechnungseinrede nichts als eine Einrede, so hätte Stölzel unzweifelhaft Recht; desgleichen könnte ihm nicht widersprochen werden, wenn die Eventualaufrechnung sofortige unbedingte Aufrechnung und vollständige Erfüllung wäre. Aber beides trifft nicht zu. Die Einrede der Aufrechnung trägt einen gänzlich inkommensurablen Charakter. Von ihren Bestandteilen spielt die wichtigste Rolle das materielle Aufrechnungsgeschäft. Und was das Wesen der Eventualaufrechnung betrifft: Ist sie Aufrechnung ohne Schuldanerkennung, so ist sie unvollständige Erfüllung. Eine Konstruktion, im Sinne einer Aufrechnung unter condicio juris verbietet sich als völlig nichtssagend von vornherein. Am natürlichsten und einleuchtendsten erscheint die Auffassung im Sinne einer Aufrechnung unter der Suspensivbedingung, dass der Klagebeweis im Übrigen erbracht

Digitized by Google

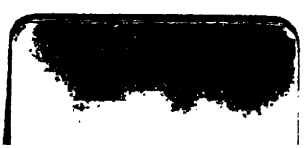
werde. Sie hilft über alle Schwierigkeiten hinweg. — Stösst man sich aber an das Verbot des § 388 BGB., so erweist sich das Prinzip der fortgesetzten rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, die von der Aufrechnungseinrede getragen wird, als fruchtbringend; es ermöglicht die Konstruktion einer Aufrechnung unter der condicio in praesens, dass der Beweis der Klageforderung im Übrigen geführt sei. Diese Konstruktionen müssen trotz einiger Schwierigkeiten, die besonders die letztere bietet, weil sie der Absicht des Kompensanten, und den Interessen beider Parteien gerecht werden, weil sie auch im Falle einer unbestrittenen Eventualaufrechnungseinrede insbesondere im Kostenpunkt zu einem befriedigenden Resultate gelangen, und weil sie die allein möglichen sind, jeder anderen vorgezogen werden. Die Lehre Stölzel's erscheint dagegen theoretisch nicht haltbar und abgesehen davon, mit schweren praktischen Nachteilen verknüpft, denen durch die in Vorschlag gebrachten Mittel nicht begegnet werden könnte.

Digitized by Google

Digitized by Google

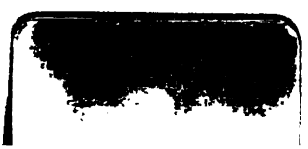
Digitized by Google

Digitized by Google



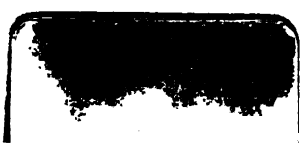
Digitized by Google

Digitized by Google



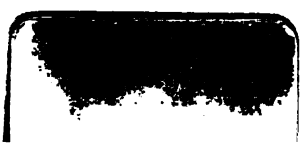
Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google